

La libertad de testar



El “certificado” sucesorio europeo
Nueva reforma de La Ley Concursal

VII EDICIÓN PREMIO JURÍDICO INTERNACIONAL ISDE 2015.

WWW.PREMIOJURIDICO.COM



Distingue la investigación y el estudio del Derecho en las siguientes ramas:

Derecho Internacional Público o Privado / Derecho Deportivo / Ética de la Abogacía / Derecho Fiscal y Tributario / Marketing Jurídico y Gestión de Despachos / Derecho Sanitario

Categoría: Estudiante / Profesional

Patrocinadores:



Colaboradores / Categoría Profesionales

1961 Abogados y Economistas
A Plus Abogados y Economistas
ACGC Abogados
ADR Abogados
Aguilar & Astorga Abogados
Alemany & Muñoz de la Espada Corporate Legal
Allen & Overy
Araoz & Rueda
ARPA Abogados Consultores
Balms Abogados
Benow Partners
Bufete Amoros
Castellana Detectives
CMS Albiñana & Suárez de Lezo
Clifford Chance
Cuatrecasas, Gonçalves Pereira
Deloitte Abogados
Dentons
Detectives Pizarro
EY Abogados
Francis J. Vassallo & Associates

Fuster-Fabra Abogados
Herrero y Asociados
Garrido Abogados
Goñi & Cajigas Abogados
Grupo Pericial - Peritos Judiciales y Forenses
Detectives Iris
Jausas
JM ARNAU & Asociados
King & Wood Mallesons
Laffer Abogados
Luis Romero y Asociados- Abogados Penalistas
Medina Cuadros Abogados
Montero Aramburu Abogados
Novit Legal
Oneplan Consulting
Pajares & Asociados Abogados
Pérez-Llorca
Pérez+Partners
Pintó Ruiz & Del Valle
PKF Attest
Ramón y Cajal Abogados
Rödl & Partner
Rousaud Costas Duran (RCD)
Sanchez Stewart Abogados
Schiller Abogados Rechtsanwalte, S.L.P
Sentencia, Bufete Jurídico Internacional
Squire Patton Boggs
Ventura Garcés & López-Ibor, Abogados
Wizner&Co
Yingke Adarve

Agencia Organizadora:



Universidades / Categoría Estudiante

Columbia Law School
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas Universidad Carlos III de Madrid
Facultad de Derecho - Universidad de La Laguna
Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz
Facultad de Derecho Universidad de Valladolid
Facultad de Derecho y Economía. UdL
Instituto Tecnológico de Monterrey
Nebrija Universidad
Pontificia Universidad Católica de Chile
The City Law School
Universidad Alfonso X el Sabio
Universidad Camilo José Cela
Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir
Universidad de Oviedo (Facultad de Derecho)
Universidad de Barcelona
Universidad Miguel Hernández de Elche
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
Universitat Pompeu Fabra
Universidad Rafael Urdaneta de Venezuela
Universidad de Santiago de Compostela
Universidad Francisco Marroquín
Wolfson College Cambridge

Medios Oficiales:



Tel.: (+34) 911 265 180 · info@premiojuridico.com · www.premiojuridico.com

El error obstativo y la libertad de testar

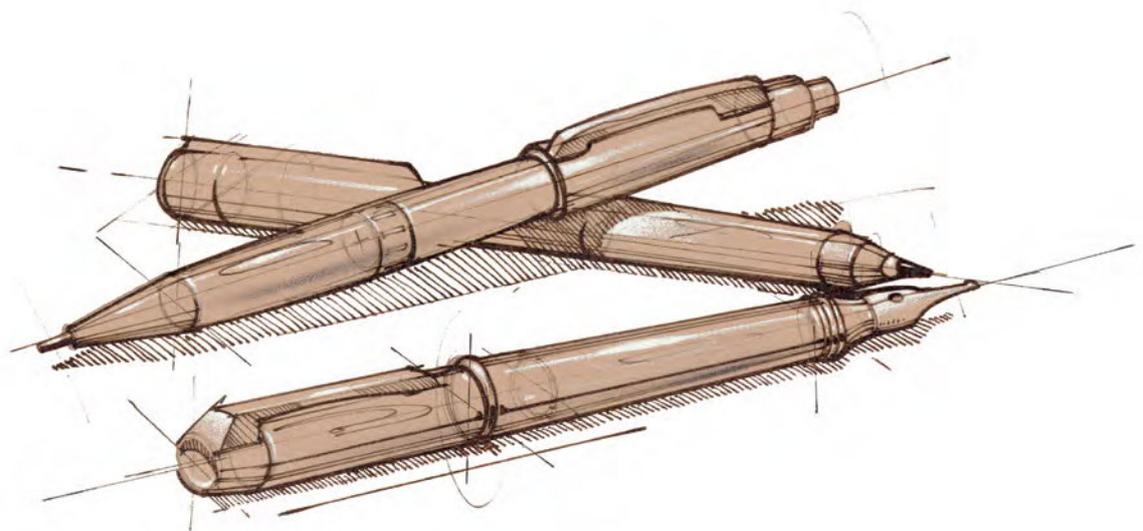
El Dr. José Juan Pintó Ruiz, publica en este número un importante artículo sobre la libertad de testar, en el que el autor da luz y claridad a la comprensión y explicación del derecho. Sirva de ejemplo el siguiente fragmento:

“El error obstativo no es un vicio de la voluntad. Ni una interferencia en la voluntad. El error obstativo es un error de transmisión: lo que se quiere está mal expresado, de tal manera que la materialización literaria del querer es desviada porque la declaración, tal como queda escrita, no coincide con el querer. En estos casos en que aunque parezca mentira no son pocos – surge la duda técnica, de si ha de prevalecer la declaración material que se ha escrito, o ha de prevalecer la verdadera voluntad. Así surgen las dos famosas posiciones, la «Erklärungstheorie» teoría de la prevalencia de la declaración material, o la «Willestheorie» o prevalencia de la verdadera voluntad, del verdadero querer.

La jurisprudencia del T.S. (Vide Ss ad exemplum de 23 de mayo de 1935; 27 de Octubre de 1951; 12 de marzo de 1952; 25 de febrero de 1995 del T.S.) se inclina por entender que es preferente la voluntad real, a lo materialmente escrito. Se argumenta básicamente en el sentido de los arts. 1.265 y 673, 1.271 y 675 del Cc.

Ello sentado, es evidente que lo que importa es el querer, es la auténtica voluntad del testador, lo que significa que es decisivo aquello que libremente quiera el testador, como tributo al dogma de la libertad de testar. El Derecho protege el libre querer del testador”

direccioncontenidos@difusionjuridica.es



Si como suscriptor tiene interés en que tratemos algún tema, escribanos a economist@difusionjuridica.es



04 INFORMACIÓN AL DÍA

Selección de novedades Legislativas y Jurisprudenciales a modo de flash informativo, sin ánimo de exhaustividad

16 EN PORTADA

La libertad de testar y los pactos sucesorios en el Código Civil de Cataluña. Por José Juan Pintó Ruiz

DERECHO CIVIL

34 -El reglamento 650/2012 y el certificado sucesorio europeo. Por Ferrán Gonzalez Martínez y Eduardo Guitart Calpe Ferran

16 -La libertad de testar y los pactos sucesorios en el Código Civil de Cataluña. Por José Juan Pintó Ruiz

DERECHO COMUNITARIO

34 -El reglamento 650/2012 y el certificado sucesorio europeo. Por Ferrán Gonzalez Martínez y Eduardo Guitart Calpe Ferran

40 DERECHO LABORAL

Las comisiones por ventas en la relación laboral común. Por José M^a Lamarca Capa y Laura Guillén Fiel

48 CASOS PRÁCTICOS

Procedimiento de declaración de incapacidad permanente. Administración del patrimonio del incapacitado

DERECHO MERCANTIL

58 - Rescisión independiente de las garantías contextuales. Por Juan Carlos Noguera y Óscar Sánchez

64 - Principales modificaciones introducidas a la Ley Concursal por la Ley 9/2015, de 25 de Mayo. Por Ángel Alonso Hernández y Ana Julia Mendoza

72 DERECHO PROCESAL Y PENAL

Asistencia letrada e idiomática del detenido en atención a la última reforma procesal. Por Ricardo Yáñez Velasco

84 ÁMBITO JURÍDICO

El despacho de abogados como responsable y encargado de ficheros. Por Javier Aparicio y Sergio Sanfulgencio



16 EN PORTADA

La libertad de testar y los pactos sucesorios en el Código Civil de Cataluña

En el año 1585 la Constitución «Celando por la conservación de las casas principales» agrandó substancialmente el principio de la libertad de testar por cuanto la más gravosa legítima justinianea se uniformiza y se fija en un cuarto, sea cual fuere el número de hijos y este límite también opera con respecto a la legítima de los ascendientes.

90 HABILIDADES DE LA ABOGACÍA

Qué debe figurar en un contrato sencillo. Por Lourdes Guzmán

100 NOTICIAS JURÍDICAS Y ACTUALIDAD DE LOS DESPACHOS

102 NOVEDADES EDITORIALES

103 AL SERVICIO DE LOS ABOGADOS

Economist & Jurist

www.economistjurist.es

Centro de Gestión del Conocimiento

Director: Jorge Pintó Sala

Adjunta Dirección: Paloma Rodrigo Gutiérrez de la Cámara
Vocales: Maite Pérez Marín, María Martín-Viveros García.

Consejo Editorial

García de Enterría, Sastre Papiol, Hernández Gil, Jorge Vives, Cuatrecasas, Marroquín Sagalés, Checkaudit, García de Ceca, Antonio Pérez, Garrigues, Córdoba Roda/Rodríguez Morullo, Angel Bonet, AGM Abogados, Gómez Acebo & Pombo, Manuel Delgado, Fernando P. Méndez, Carlos González, J. Martrat Sahuquillo, Eloi García, Rodrigo de Larrucea, Carlos de la Mata, Cremades & Calvo Sotelo, Manuel J. Silva, J. Fco. Corona Ramón, J. Blanco Campaña, P. Tuset del Pino, Sanz Delgado, Paloma Pérez, Sánchez-Stewart Abogados, Sánchez De Movellán, Juan Pérez, Marta Insúa, Ángel Sáez, Pedro Estefanell Coca y Alfonso López Pelegrín, Écija Abogados, J. Alonso-Cuevillas, J. Guivernau, A. Hernández Moreno, A. Negre Villavechia, J. Piqué Vidal, R. Jiménez de Parga, Jausàs Martí, F. Casado Juan, J. Ros Petit, Francisco Marhuenda, Pedro Martín, Manuel Cobo del Rosal.

Consejo Asesor

Miguel Montoro, Joaquín Abril, Esther Ortín, L. Usón-Duch, Jaime Cabrero, Leopoldo Pardo, José Antonio Alonso, Francisca Amores, Ricardo Yañez, Ricardo Gómez-Mampaso, M^a Isabel Fernández Boya, Rafael Hinojosa Segovia, José María Bento Company, Antonio

Fernández de Buján, J. J. Pintó Ruiz, Alain Casanovas, Josep Oriol Rusca, Alejandro Tintoré, José M^a Cortal, Leopoldo Gay, Carmen Algar, José Antonio Miquel Silvestre, Pablo Olabarrí, Xavier O'Callaghan, Carles Basteiro-Bertoli, Javier Gómez Bermúdez, Jorge Navarro, José Ricardo Pardo Gato, Oscar Calderón de Oya, Alfonso Ortega Giménez, Jordi Bacaria y Marta Insúa.

Presidente G. Difusión

Alejandro Pintó Sala

Redacción y Administración

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A.
Camino de la Zarzuela, 11 - 28023 Madrid
Tel: 91 426 17 84 - Fax: 91 578 45 70
clientes@difusionjuridica.es

Ronda General Mitre, 116, Bajos - 08021 Barcelona
economist@difusionjuridica.es
www.informativojuridico.com
CIF: A59888172 - Depósito Legal: B-30605-96

Centro de Atención al Suscriptor: 902 438 834

ayuda@difusionjuridica.es

Diseño y Maquetación

Fabio Heredero Barrigón

Exclusiva de publicidad

Comunicación Integral y Marketing para Profesionales
Calle Magallanes nº 25, 28015 Madrid
Tel.: 91 57 77 806 - Fax: 91 57 62 021
Exclusividad Cima Barcelona
C/ Modolell, 61 Bajos, 08021 Barcelona
Tel.: 91 57 77 806
info@cimapublicidad.es - www.cimapublicidad.es

Impresión

Rotoatlántica

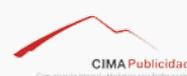
Edita: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A.



La editorial Difusión Jurídica y temas de actualidad S.A., a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Economist&Jurist, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Economist&Jurist, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, SA. no comparte necesariamente las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos publicados. El uso del contenido de esta revista no sustituye en ningún caso la consulta de la normativa vigente ni a un profesional especialista en la materia.



INFORMACIÓN AL DÍA

SUMARIO

- AL DÍA ADMINISTRATIVO
 - Legislación**
 - Ley de recuperación y resolución de entidades de crédito y de inversión 04
- AL DÍA CIVIL
 - Jurisprudencia**
 - Familia 05
 - Seguro 06
- AL DÍA FISCAL
 - Legislación**
 - Modificación del plazo de presentación del IAE 06
 - Reducción del IRPF para actividades agrícolas y ganaderas 07
- AL DÍA LABORAL
 - Legislación**
 - Reglamento de las ITTs 07
 - Regulan aspectos de gestión y control de los procesos por IT 08
 - Incentivos para las empresas que hayan disminuido la siniestralidad laboral 10
 - Jurisprudencia**
 - Incapacidad 10
- AL DÍA MERCANTIL
 - Legislación**
 - Modelos de estatutos-tipo y de escritura pública de las sociedades de Resp.Limitada 11
 - Se regula la expedición del sello de pyme innovadora 11
- AL DÍA PENAL
 - Jurisprudencia**
 - Estafa 12
 - Jurisdicción universal 12
 - Libertad de expresión 13
- AL DÍA PROCESAL
 - Legislación**
 - Libertad de elección de foro 13
- SUBVENCIONES
 - Estatales**
 - Prestación por desempleo 14
 - Vehículo Eficiente PIVE 7 Y 8 14
 - Autonómicas**
 - Ayudas a autónomos desempleados en

- Madrid 14
- Ayudas al alquiler de vivienda en la Rioja 14
- Ayudas en asesoría para nuevos empresarios en Extremadura 14
- Ayudas a la conciliación familiar en Extremadura 15
- Programa Xpande en Galicia 15

AL DÍA ADMINISTRATIVO

Legislación

SE REGULA LA RECAPITALIZACIÓN INTERNA QUE PERMITE IMPONER PÉRDIDAS A TODOS LOS NIVELES DE ACREEDOR DE LA ENTIDAD, Y NO SOLO HASTA EL NIVEL DE ACREEDORES SUBORDINADOS

Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. (BOE núm. 146, de 19 de junio de 2015)

La presente Ley tiene por objeto **regular los procesos de actuación temprana y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión** establecidas en España, así como **establecer el régimen jurídico del «FROB»** como autoridad de resolución ejecutiva y su marco general de actuación, con la finalidad de proteger la estabilidad del sistema financiero minimizando el uso de recursos públicos y por tanto el coste para el contribuyente.

El Capítulo VI se destina a la llamada **recapitalización interna**. Se trata de una novedad muy sustantiva entre los instrumentos de resolución. Su objetivo último es **minimizar el impacto de la resolución sobre los contribuyentes**, asegurando una **adecuada distribución de los costes entre accionistas y acreedores**. La gran novedad de este instrumento, tal y como se regula en la Ley, es que **permite imponer pérdidas a todos los niveles de acreedor de la entidad**, y no solo hasta el nivel de acreedores subordinados, como recogía la Ley

NOTA IMPORTANTE



LAS PARTES DE DIFERENTES SOBERANÍAS PUEDEN SUJETARSE A UN FORO DETERMINADO PARA LA TRAMITACIÓN DE UN PROCESO. MÁS INFORMACION AL DIA PROCESAL, PAGS. 13 Y 14.

9/2012, de 14 de noviembre. En los términos previstos en la ley, se podrá acudir al Fondo de Resolución para completar o sustituir la absorción de pérdidas por parte de los acreedores.

Con esta Ley, los **depósitos garantizados de menos de 100.000 euros** mantienen la garantía directa del Fondo de Garantía de Depósitos, y además, contarán con un tratamiento preferente máximo en la jerarquía de acreedores. Asimismo, los **depósitos de personas físicas o pequeñas y medianas empresas** tendrán reconocida preferencia como acreedores, solo inferior a la otorgada a los depósitos de menos de 100.000 euros.

Se **rebaja a 730.000 euros el capital social mínimo necesario para que una sociedad de servicios de inversión quede sometida a esta regulación**, que tampoco afectará al Instituto de Crédito Oficial (ICO).

En la parte final de la norma, entre las disposiciones adicionales, se recoge el régimen aplicable a los depósitos en caso de que una **entidad de crédito entre en concurso**. Dicho régimen otorga un **tratamiento preferente máximo** en la jerarquía de acreedores **a los depósitos garantizados por el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, y un privilegio general a todos los depósitos de pymes y personas físicas**. Esta es una **novedad muy relevante en la regulación concursal española** que viene a afianzar el nivel de máxima protección de los depósitos bancarios.

Además, **impide que ningún banco pueda solicitar la declaración de concurso voluntario de acreedores sin haberlo comunicado antes al FROB**, que será

el que decida, junto con el supervisor competente, si se abre un proceso de actuación temprana o de resolución.

La presente Ley entra en vigor el 20 de junio, si bien conforme su Disposición final decimoséptima las **normas sobre recapitalización interna** entrarán en vigor el **1 de enero de 2016**, mientras que las **pruebas de resistencia** que el Banco de España realizará al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) no **entrarán en vigor hasta el 3 de julio de 2017**.

AL DIA CIVIL

Jurisprudencia

FAMILIA
NO ES APLICABLE LÍMITE TEMPORAL EN LA ADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS EL DIVORCIO EN PROTECCIÓN DEL MENOR

Tribunal Supremo Civil 18/05/2015

Ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid se sustanció juicio de divorcio con la consecuente resolución dictada al término del procedimiento en la que se establecía, entre otras cuestiones, que la vivienda conyugal quede para el uso del hijo menor de edad y de la actora. Dicha atribución será hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, una vez disuelta la misma la madre deberá proporcionar al menor el alojamiento para cubrir las necesidades del mismo. En todo caso el disfrute de la vivienda no se extenderá más de tres años desde la sentencia de divorcio.

¡ATENCIÓN!



“EL ERROR OBSTATIVO NO ES UN VICIO DE LA VOLUNTAD. NI UNA INTERFERENCIA EN LA VOLUNTAD. EL ERROR OBSTATIVO ES UN ERROR DE TRANSMISIÓN: LO QUE SE QUIERE ESTÁ MAL EXPRESADO, DE TAL MANERA QUE LA MATERIALIZACIÓN LITERARIA DEL QUERER ES DESVIADA PORQUE LA DECLARACIÓN, TAL COMO QUEDA ESCRITA, NO COINCIDE CON EL QUERER. EN ESTOS CASOS EN QUE AUNQUE PAREZCA MENTIRA NO SON POCOS – SURGE LA DUDA TÉCNICA, DE SI HA DE PREVALECCER LA DECLARACIÓN MATERIAL QUE SE HA ESCRITO, O HA DE PREVALECCER LA VERDADERA VOLUNTAD. ASÍ SURGEN LAS DOS FAMOSAS POSICIONES, LA «ERKLARUNGSTHEORIE» TEORÍA DE LA PREVALENCIA DE LA DECLARACIÓN MATERIAL, O LA «WHILESNTSTHEORIE» O PREVALENCIA DE LA VERDADERA VOLUNTAD, DEL VERDADERO QUERER. MÁS INFORMACIÓN EN EN PORTADA PÁG 16.

Ésta consideración sobre la adjudicación temporal de la vivienda ha sido el objeto de controversia que ha causado la apertura de recurso de casación por parte del Ministerio Fiscal, pues, considera que esta atribución temporal no puede ser aplicable, por razones de bienestar del menor.

Se considera en la sentencia que **“la atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien (STS 14 de abril 2011)”**.

La sala primera del Tribunal Supremo, coincidiendo con los argumentos expuestos por el Ministerio Fiscal, ha estimado el recurso de casación atribuyendo la vivienda familiar a la madre sin limitación temporal alguna.

Puede leer el texto completo de la sentencia en www.ksp.es Marginal: 69341684

SEGURO LAS ASEGURADORAS DEBEN SOPORTAR EL RIESGO DE INSOLVENCIA DEL ASEGURADO, AUN MEDIANDO CONDUCTA DOLOSA

Tribunal Supremo. Sala Civil - 17/04/2015

Se estima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Propietarios demandante frente a sentencia parcialmente estimatoria de la Audiencia Provincial de

Zaragoza, sobre reclamación de cantidad.

La Sala declara que la aseguradora, al concertar el seguro de responsabilidad civil y por ministerio de la ley (art. 76 LCS), asume frente a la víctima (que no es parte del contrato) la obligación de indemnizar todos los casos de responsabilidad civil surgidos de la conducta asegurada, aunque se deriven de una actuación dolosa.

Y es que cabalmente el art. 76 LCS rectamente entendido solo admite una interpretación a tenor de la cual la aseguradora, si no puede oponer el carácter doloso de los resultados (y según la norma no puede oponerlo en ningún momento: tampoco si eso está acreditado) es que está obligada a efectuar ese pago a la víctima, sin perjuicio de su derecho de repetir.

Lo que significa en definitiva, y eso es lo que quiso, atinadamente o no, el legislador, es que sea la aseguradora la que soporte el riesgo de insolvencia del autor y nunca la víctima. El asegurado que actúa dolosamente nunca se verá favorecido; pero la víctima tampoco se verá perjudicada.

Puede leer el texto completo de la Sentencia en www.ksp.es Marginal: 69338727

AL DÍA FISCAL Legislación

SE MODIFICA EL PLAZO DE INGRESO EN PERÍODO VOLUNTARIO DEL IMPUESTO

¡ATENCIÓN!



SE OTORGA UN TRATAMIENTO PREFERENTE MÁXIMO EN LA JERARQUÍA DE ACREEDORES A LOS DEPÓSITOS GARANTIZADOS POR EL FONDO DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS DE ENTIDADES DE CRÉDITO, Y UN PRIVILEGIO GENERAL A TODOS LOS DEPÓSITOS DE PYMES Y PERSONAS FÍSICAS. MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA ADMINISTRATIVO PÁGS. 4 Y 5

SOBRE ACTIVIDADES ECONÓMICAS DEL EJERCICIO 2015

Resolución de 26 de mayo de 2015, del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se modifica el plazo de ingreso en período voluntario de los recibos del Impuesto sobre Actividades Económicas del ejercicio 2015 relativos a las cuotas nacionales y provinciales y se establece el lugar de pago de dichas cuotas. (BOE núm. 133, de 4 de junio de 2015)

Se modifica el **plazo de ingreso en período voluntario del Impuesto sobre Actividades Económicas del ejercicio 2015** cuando se trate de las cuotas a las que se refiere el apartado Uno anterior, fijándose un nuevo plazo que comprenderá **desde el 15 de septiembre hasta el 20 de noviembre de 2015**, ambos inclusive.

SE AMPLÍAN LOS BENEFICIARIOS AGRÍCOLAS Y GANADORES QUE TENDRÁN REDUCCIONES EN EL IRPF POR ADVERSIDADES EXCEPCIONALES

Orden HAP/1090/2015, de 10 de junio, por la que se modifica el anexo de la Orden HAP/723/2015, de 23 de abril, por la que se reducen para el período impositivo 2014 los índices de rendimiento neto aplicables en el método de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, para las actividades agrícolas y ganaderas afectadas por diversas circunstancias excepcionales. (BOE núm. 140, de 12 de junio de 2015)

La Orden HAP/723/2015, de 23 de abril, aprobó, para el período impositivo 2014, una **reducción de los índices de rendimiento neto** aplicables en el método de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para las **actividades agrícolas y ganaderas afectadas por diversas circunstancias excepcionales**.

La relación de las actividades agrícolas y ganaderas así

como los ámbitos territoriales afectados por esta reducción se definieron en el anexo de la citada Orden Ministerial.

Con posterioridad a la publicación de la citada Orden en el «Boletín Oficial del Estado», el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente ha emitido nuevo informe en los que se pone de manifiesto la **existencia de situaciones de adversidad climática y otras circunstancias excepcionales que en su momento no se tuvieron en cuenta**, que hacen necesario ampliar el anexo de la Orden HAP/723/2015, para determinados ámbitos territoriales y cultivos de las Comunidades Autónomas de Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla y León y Cataluña.

AL DÍA LABORAL

Legislación

SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL QUE DESARROLA LA OBLIGACIÓN DE ESTAS DE CONSTITUIR UNA GARANTÍA FINANCIERA

Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las empresas de trabajo temporal. (BOE núm. 147, de 20 de junio de 2015)

El reglamento aprobado por este real decreto se estructura en siete capítulos:

En el capítulo I, referido al objeto del reglamento, se incluye la referencia a las **actividades que pueden desarrollar las empresas de trabajo temporal**.

El capítulo II está dedicado a la **autorización administrativa** que, conforme a lo establecido en la ley, es **única**, tiene **eficacia en todo el territorio nacional** y se concede **sin límite de duración**. Se incluye en él

¡ATENCIÓN!



SE APRUEBA EL MODELO DE ESTATUTOS-TIPO PARA LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA CON CAPITAL SOCIAL NO INFERIOR A 3.000 EUROS Y SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA DE FORMACIÓN SUCESIVA. MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA MERCANTIL PÁG. 11

el modo en que se determina la autoridad laboral competente, así como los procedimientos administrativos que han de seguirse, tanto para la solicitud de autorización, incluido el supuesto de reanudación de actividades, como para la extinción de la misma; procedimientos en los que obligatoriamente han de utilizarse medios electrónicos.

El capítulo III desarrolla la **obligación legal** de las empresas de trabajo temporal **de constituir una garantía financiera** y en él se contienen las reglas de aplicación para la determinación de su cuantía, así como las exigencias que deben ser observadas tanto para la ejecución de la garantía como para su liberación.

El capítulo IV, dedicado al **Registro de Empresas de Trabajo Temporal**, contiene una de las novedades fundamentales de la norma, la **base de datos central gestionada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social**, a la que deberá incorporarse parte de la información existente en los Registros de Empresas de Trabajo Temporal de las diferentes autoridades laborales.

Los capítulos V y VI están referidos a los requisitos formales y al contenido de, respectivamente, **el contrato de puesta a disposición y el contrato de trabajo**.

El capítulo VII contiene las **obligaciones de información** para la empresa de trabajo temporal, tanto **respecto a la Administración**, para cuyo cumplimiento ha de emplear, en todo caso, medios electrónicos, como **respecto a la empresa usuaria**.

SE CREAN NUEVOS MODELOS DE PARTES MÉDICOS DE BAJA/ALTA Y DE CONFIRMACIÓN EN LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control

de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. (BOE núm. 147, de 20 de junio de 2015)

Las modificaciones introducidas por el **Real Decreto 625/2014**, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los **procesos por incapacidad temporal** en los **primeros trescientos sesenta y cinco días** de su duración, han afectado, principalmente, a la **expedición de los partes médicos de baja, de confirmación y de alta**, de manera que, manteniendo el rigor en la constatación de la enfermedad o lesiones del trabajador y de su incidencia en su capacidad para realizar el trabajo, **se ahorrén trámites burocráticos y se adapte la emisión de los partes a la duración estimada de cada proceso**. Para ello, se han establecido unos **protocolos de temporalidad de los actos médicos de confirmación de la baja en función de la duración estimada del proceso**, la cual será fijada por el facultativo correspondiente, a su criterio médico, contando a tal fin con unas **tablas de duración óptima basadas en el diagnóstico, la ocupación y la edad del trabajador**.

Asimismo, el Real Decreto 625/2014 mejora los mecanismos de comunicación, coordinación y colaboración entre las distintas entidades que intervienen en la gestión de la incapacidad temporal, así como las posibilidades de control de la prestación, al objeto de **aligerar los trámites y cargas existentes en la actualidad**.

La aplicación del citado real decreto requiere, de una parte, la puesta en práctica de diferentes mecanismos instrumentales, básicamente, de los **nuevos modelos de partes médicos de baja/alta y de confirmación** en los procesos de **incapacidad temporal**, siguiendo a tal efecto las previsiones contenidas en dicha norma y, de otra, el necesario desarrollo de determinados preceptos de la norma reglamentaria. A ello responde la presente orden ministerial.

Sierra Charra

PREMIUM



NOTA IMPORTANTE



EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN NO AMPARA LA UTILIZACIÓN DE EXPRESIONES INSULTANTES. MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA PENAL PÁG. 13

SE AMPLÍA HASTA EL 30 DE JUNIO LA SOLICITUD DE INCENTIVOS POR LAS EMPRESAS QUE HAYAN AYUDADO A DISMINUIR LA SINIESTRALIDAD LABORAL

Orden ESS/1068/2015, de 3 de junio, por la que se prorrogan los plazos para la presentación de las solicitudes y de remisión de los informes-propuesta de los incentivos correspondientes al ejercicio 2014, al amparo del Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral. (BOE núm. 136, de 8 de junio de 2015)

Al amparo de las previsiones establecidas en la disposición final tercera del Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un **sistema de reducción de cotizaciones por contingencias profesionales** a las **empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral**, la Orden TIN/1512/2011, de 6 de junio, la Orden ESS/1368/2012, de 25 de junio, la Orden ESS/911/2013, de 23 de mayo, y la Orden ESS/996/2014, de 12 de junio, vinieron a ampliar hasta el 30 de junio y el 15 de agosto de 2011, 2012, 2013 y 2014, respectivamente, los plazos para la presentación a las entidades gestoras o mutuas de las solicitudes de las empresas que desearan optar por los incentivos correspondientes a los ejercicios 2010, 2011, 2012 y 2013 y de remisión por aquéllas de los informes-propuesta a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.

El volumen de gestión derivado de las solicitudes presentadas respecto de los referidos ejercicios hace aconsejable el **mantenimiento de la ampliación de plazos** señalada para las **solicitudes correspondientes al ejercicio 2014**, a fin de facilitar a las empresas la presentación de las mismas y racionalizar el inicio de los procedimientos en coherencia con el volumen de expedientes en tramitación.

Jurisprudencia

INCAPACIDAD PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD, EL JUEZ NO ESTÁ VINCULADO POR LOS HECHOS APORTADOS, NI POR LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR LAS PARTES

Tribunal Supremo Sala de lo Civil 13/05/2015

Fue presentada demanda de declaración de incapacidad y nombramiento de tutor ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Picassent, para establecer si la persona objeto de este procedimiento tiene capacidad suficiente para gobernarse por sí misma y administrar sus bienes. La demanda fue interpuesta por el hijo de la pretendida como incapaz que, según documentación aportada durante el procedimiento se dijo que podía tener conflictos de intereses privados.

Tras haberse sustanciado esta decisión a través de los distintos órganos jurisdiccionales, llegó la cuestión al Tribunal Supremo que estableció que “*el juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica*”.

Para la determinación de la capacidad, el juez no está vinculado por los hechos aportados por las partes, ni por las pruebas solicitadas, sino que puede tener en consideración todos los hechos que estime relevantes, con independencia del momento en que hubieran sido aportados, y goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada. Discrecionalidad que deberá justificar en la motivación de la sentencia, en la que habrá de exponer cómo ha llegado a aquella determinada convicción psicológica.

NOTA IMPORTANTE



SE CREA EL REGISTRO DE PYMES INNOVADORAS, DE CARÁCTER GRATUITO PARA LAS EMPRESAS, QUE FACILITARÁ EL ACCESO DE LAS MISMAS A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, Y TAMBIÉN SE REGULA LA EXPEDICIÓN DEL SELLO DE PYME INNOVADORA. MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA MERCANTIL PÁGS. 11 Y 12

Puede leer el texto completo de la sentencia en www.ksp.es Marginal 69341675

AL DÍA MERCANTIL

Legislación

SE APRUEBAN LOS ESTATUTOS-TIPO PARA LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA CON CAPITAL SOCIAL NO INFERIOR A 3.000 EUROS Y LAS DE FORMACIÓN SUCESIVA

Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo, por el que se regulan los modelos de estatutos-tipo y de escritura pública estandarizados de las sociedades de responsabilidad limitada, se aprueba modelo de estatutos-tipo, se regula la Agenda Electrónica Notarial y la Bolsa de denominaciones sociales con reserva. (BOE núm. 141, de 13 de junio de 2015)

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, partió de la necesidad de **agilizar el inicio de la actividad emprendedora**, creando los **Puntos de Atención al Emprendedor**, con la intención de integrar en un solo lugar las múltiples ventanillas existentes para la asistencia al inicio de la actividad emprendedora.

Muy ligado a lo anterior, y con la intención igualmente de facilitar la actividad emprendedora que deba realizarse a través de determinadas personas jurídicas, se regula en el artículo 15 de la citada ley, la **constitución de sociedades** de responsabilidad limitada, **con escritura pública y estatutos-tipo**, mediante el llamado **Documento Único Electrónico (DUE)** y a través del sistema de **tramitación telemática del Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE)**, debiéndose autorizar la escritura pública en el plazo máximo de 12 horas hábiles y calificarse e inscribirse, en su caso, en el Registro Mercantil en el plazo de 6 horas.

Se establecen por tanto unos **exigentes requisitos temporales** que la ley es consciente de que solamente pueden ser alcanzados con la **estandarización de los estatutos sociales correspondientes a la constitución de la sociedad**. Por ello establece en el citado artículo la necesidad de la existencia de unos estatutos-tipo que permitan la autorización de la escritura de constitución y la calificación e inscripción de la misma en tan breves plazos.

Este real decreto regula, de acuerdo con la habilitación legal, **los aspectos que deben reunir los estatutos-tipo en formato estandarizado** así como aprueba el **modelo estandarizado** previsto legalmente; se ha optado, siguiendo la regulación hasta ahora existente, por un modelo de estatutos de gran sencillez sin perjuicio de la aprobación futura de otro u otros modelos que incorporen mayor complejidad.

En consecuencia, en consonancia con lo previsto en la Ley de apoyo a los emprendedores y la voluntad del legislador de facilitar la creación de empresas en tiempos más cortos, **la escritura en formato estandarizado y campos codificados se utilizará en los supuestos de constitución telemática**. Este real decreto regula, de acuerdo con la habilitación legal, **los aspectos que debe reunir la escritura pública** dejando la aprobación del modelo concreto a una Orden del Ministro de Justicia.

El presente real decreto entrará en vigor el **13 de septiembre de 2015**.

SE REGULA LA EXPEDICIÓN DEL SELLO DE PYME INNOVADORA Y LA CREACIÓN DEL REGISTRO PÚBLICO DE PYMES INNOVADORAS

Orden ECC/1087/2015, de 5 de junio, por la que se regula la obtención del sello de Pequeña y Mediana Empresa Innovadora y se crea y regula el Registro de la Pequeña y

Mediana Empresa Innovadora. (BOE núm. 139, de 11 de junio de 2015)

La **creación del sello de PYMES innovadoras** y de un registro de las mismas en el Ministerio de Economía y Competitividad busca ponerlas en valor, favorecer su identificación y ayudar a la formulación posterior de políticas específicas para las mismas.

El **Registro de PYMES innovadoras**, de carácter gratuito para las empresas y con un alto grado de automatismo en su actualización, no supondrá nuevas estructuras ni barreras administrativas para las mismas y **facilitará el acceso de las Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES) a la contratación pública**. Su funcionamiento, con base en lo dispuesto en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y su normativa de desarrollo, deberá hacerse íntegramente **mediante medios telemáticos**, a fin de agilizar las relaciones con la Administración Pública.

El **Real Decreto 475/2014, de 13 de junio**, sobre bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social del personal investigador, ha regulado en su artículo 6 la **definición de PYME innovadora**, los criterios para poder considerar a una PYME como intensiva en I+D+i, la creación de un sello de PYME innovadora y la gestión por parte del Ministerio de Economía y Competitividad de un **Registro de PYMES innovadoras**. Asimismo en su disposición final segunda se faculta al Ministro de Economía y Competitividad para dictar las disposiciones que sean necesarias para la aplicación y desarrollo de lo establecido en dicho real decreto.

El citado artículo 6 del Real Decreto 475/2014, de 13 de junio, remite, a su vez, a la **Recomendación 2003/361/CE de la Comisión Europea** de 6 de mayo sobre la definición de la Pequeña y Mediana Empresa para aclarar **qué debe entenderse por PYME y, antes que ello, por empresa**. En el artículo 1 de la misma, se aclara que «se considerará empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica». **Es por tanto el ejercer una actividad económica lo decisivo para saber si estamos o no ante una empresa**. Este es el criterio de definición de empresa que se ha utilizado para luego definir el de PYME y posteriormente el de innovadora en el Real Decreto 475/2014, de 13 de junio, que ahora se desarrolla.

AL DÍA PENAL Jurisprudencia

ESTAFA LA DIFERENCIA ENTRE EL IMPAGO CIVIL Y EL DELITO DE ESTAFA RADICA EN LA MAQUINACIÓN PREEXISTENTE DEL SUJETO

Tribunal Supremo. Sala Penal - 06/04/2015

El Supremo centra el objeto de enjuiciamiento del delito de estafa en la existencia de engaño y determina sobre quién recae el deber probatorio.

Lo que convierte el impago civil en ilícito penal no es otra cosa que la prueba del engaño que, además, ha de ser antecedente, **así como una maquinación que preexiste y filtra la voluntad del sujeto activo en el momento en el que está emitiendo el título valor mediante el que se ha pactado el pago de la deuda**.

Y es en este punto concreto en el que la sentencia de la Audiencia se aparta de las reglas de valoración probatoria impuestas por el derecho constitucional a la presunción de inocencia. De hecho, opera un desplazamiento de la carga de la prueba, en la que la acreditación del engaño -siempre a cargo del Fiscal y las acusaciones- se transmuta en la demostración de la ausencia de engaño -que se haría recaer en el acusado-.

En efecto, el hecho de que las operaciones comerciales que precedieron a la firma de los pagarés impagados hubieran transcurrido siempre con absoluta normalidad o el dato de que la crisis económica sea invocada como argumento de descargo, más que frecuente en supuestos similares, no tienen la entidad precisa para convertir la prueba del engaño -elemento de cargo- en la prueba de la ausencia del engaño -elemento de descargo-.

Puede leer el texto completo de la Sentencia en www.ksp.es **Marginal: 69338797**

JURISDICCIÓN UNIVERSAL LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL POR DELITOS DE TORTURA, GENOCIDIO, TERRORISMO Y DE LESA HUMANIDAD NO PUEDE SER APLICADA MIENTRAS QUE EL IMPUTADO NO SE ENCUENTRE EN JURISDICCIÓN ESPAÑOLA

Tribunal Supremo Penal 06/05/2015

NOTA IMPORTANTE



SE CREAN NUEVOS MODELOS DE PARTES MÉDICOS DE BAJA/ALTA Y DE CONFIRMACIÓN EN LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL. MÁS INFORMACIÓN EN AL DÍA LABORAL PÁG. 8

El procedimiento se inicia en virtud de querrela interpuesta por ciudadano de nacionalidad española, víctima de torturas tras su detención en el Tíbet. Actúa en este procedimiento como acusación particular por delitos de genocidio, torturas, terrorismo y de lesa humanidad contra diversos dirigentes de la República Popular China que tuvieron lugar durante la represión tibetana de finales de los años 80 y principios de los 90.

Tras haber analizado la cuestión, el Tribunal concluyó que **los Tribunales españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales, solo sujetos a las normas de este carácter y a sus propios estatutos, sino Tribunales internos que deben aplicar su propio ordenamiento.**

Puede leer el texto completo de la sentencia en www.ksp.es Marginal 69341702

LIBERTAD DE EXPRESIÓN EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN NO AMPARA LA UTILIZACIÓN DE EXPRESIONES INSULTANTES

Tribunal Supremo. Sala Penal - 23/03/2015

Se declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto contra sentencia desestimatoria de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4ª), sobre derecho al honor.

La Sala declara que la vulneración del derecho al honor del recurrente se ha producido mediante el empleo de las expresiones insultantes a que se ha hecho referencia, aunque su consignación en la publicación de que se trata pretenda quedar amparada en la mera exposición del contenido de una denuncia anterior.

La reiteración en la utilización de la expresión “chulo” (que, repetidamente, aparece en mayúsculas hasta ocho veces), acompañado de las que se dicen equivalentes como “majo”, “guapo”, “valentón”, “perdonavidas” y “ru-

fián”, pone de manifiesto, incluso más allá de la propia gravedad de las expresiones, una intención patente de vituperar y vilipendiar al demandante, lo que excede del libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión, pues la utilización de tales expresiones infamantes no puede quedar amparada bajo el derecho constitucional a la libertad de expresión.

Puede leer el texto completo de la Sentencia en www.ksp.es Marginal: 69338761

AL DIA PROCESAL

Legislación

LAS PARTES DE DIFERENTES SOBERANÍAS PUEDEN SUJETARSE A UN FORO DETERMINADO PARA LA TRAMITACIÓN DE UN PROCESO

Real Decreto 421/2015, de 29 de mayo, por el que se regulan los modelos de estatutos-tipo y de escritura pública estandarizados de las sociedades de responsabilidad limitada, se aprueba modelo de estatutos-tipo, se regula la Agenda Electrónica Notarial y la Bolsa de denominaciones sociales con reserva. (BOE núm. 141, de 13 de junio de 2015)

El 26 de Mayo último, se celebró en la sede de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Cataluña una Sesión abierta en la que se trató acerca del HCCH (Hague Conference on private international law). Entre otras conclusiones, destacó la posibilidad de celebrar convenios, en gracia de los cuales las partes sujetas a soberanías diferentes que constituyen una relación jurídica comercial y civil puedan convenir sujetarse a un foro determinado para la tramitación de un proceso afectante a una relación jurídica de algún modo precisada, según el HCCH (Hague Conference on private international law Conférence de la Haye de Droit International Privé).

Este “Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro” se encuentra en el sitio web de la Conferencia de la Haya

¡ATENCIÓN!



LA DIFERENCIA ENTRE EL IMPAGO CIVIL Y EL DELITO DE ESTAFA RADICA EN LA MAQUINACIÓN PREEXISTENTE DEL SUJETO. MÁS INFORMACION AL DIA PENAL PAG. 12

de Derecho Internacional Privado (www.hcch.net) bajo el rubro “Convenios” o bajo la “Sección Elección de Foro”. Para obtener el historial completo del Convenio, véase Hague Conference on Private International Law, Proceedings of the Twentieth Session (2005), Tome III, Choice of Court (ISBN 978-9-40000-053-7, Intersentia, Antwerp, 2010, 871 pp.).

SUBVENCIONES

Estatales

SE PRORROGA HASTA EL 15 DE AGOSTO EL PLAN PREPARA PARA PERSONAS QUE AGOTAN LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Resolución de 13 de febrero de 2015, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se prorroga la vigencia de la Resolución de 1 de agosto de 2013, modificada por la de 30 de julio de 2014, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo prorrogado por el Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero. (BOE núm. 45, de 25 de febrero de 2015)

Final de la convocatoria: 15 de agosto de 2015

SE CONCEDEN SUBVENCIONES AL VEHÍCULO EFICIENTE PIVE-7

Real Decreto 124/2015, de 27 de febrero, por el que se regula la concesión directa de subvenciones del “Programa de Incentivos al Vehículo Eficiente (PIVE-7)”. (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2015)

Final de la convocatoria: 2 de abril de 2016

SE CONCEDEN SUBVENCIONES AL VEHÍCULO EFICIENTE PIVE-8

Real Decreto 380/2015, de 14 de mayo, por el que se regula la concesión directa de subvenciones del “Programa

de Incentivos al Vehículo Eficiente (Pive-8)”. (BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2015)

Final de la convocatoria: 31 de diciembre de 2015

Autonómicas

SE CONVOCAN AYUDAS PARA AUTÓNOMOS CON HASTA 5.000 EUROS POR CADA CONTRATO A DESEMPLEADOS EN MADRID

ORDEN 32348/2014, de 29 de diciembre, por la que se declara el importe de los créditos presupuestarios disponibles para la concesión directa, durante el año 2015, mediante tramitación anticipada, del programa de ayudas a trabajadores que se constituyan por cuenta propia o contraten a trabajadores desempleados y se establece el plazo de presentación de solicitudes y el período subvencionable. (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 5 de febrero de 2015)

Final de la convocatoria: 31 de octubre de 2015

SE APRUEBAN AYUDAS PARA ALQUILER DE VIVIENDA DEL PLAN ESTATAL DE FOMENTO DEL ALQUILER DE VIVIENDAS 2013-2016 EN LA RIOJA

Orden 3/2014, de 25 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión en la Comunidad Autónoma de La Rioja de las ayudas al alquiler de vivienda del Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas 2013-2016. (Boletín Oficial de La Rioja de 28 de julio de 2014)

Final de la convocatoria: El plazo de presentación de solicitudes será el que se establezca en la Resolución de cada convocatoria

SE CONVOCAN SUBVENCIONES PARA LOS GASTOS DE ASESORÍA PARA NUEVOS EMPRESARIOS EN EXTREMADURA

Decreto 114/2014, de 24 de junio, por el que se establecen las bases reguladoras de la subvención destinada a financiar los gastos por asistencia jurídico-laboral y fiscal-contable necesarios para el inicio de actividades empresariales o profesionales y se realiza la primera convocatoria. (Diario Oficial de Extremadura de 14 de julio de 2014)

Final de la convocatoria: La solicitud de ayuda podrá presentarse durante el plazo de vigencia de la correspondiente convocatoria de estas subvenciones, que no podrá exceder de un año

SE CONVOCAN SUBVENCIONES PARA CONCILIAR VIDA FAMILIAR Y LABORAL PARA EMPLEADAS DEL HOGAR Y SUS EMPLEADORES EN EXTREMADURA

Orden de 9 de septiembre de 2014 por la que se convoca la concesión de subvenciones destinadas a la conciliación de

la vida familiar, personal y laboral de las personas trabajadoras autónomas y empleadores de las personas empleadas de hogar, al amparo del Decreto 116/2012, de 29 de junio. (Diario Oficial de Extremadura de 18 de septiembre de 2014)

Final de la convocatoria: 19 de septiembre de 2015

SE APRUEBA EL PROGRAMA XPANDE DE APOYO A LA EXPANSIÓN INTERNACIONAL DE LA PYME 2013-2015 EN GALICIA

Anuncio de convocatoria de participación en el Programa de apoyo a la expansión internacional de las pymes (2013-2015). (Diario Oficial de Galicia de 8 de octubre de 2013)

Final de la convocatoria: 31 de julio de 2015

Un correcto dictamen pericial puede decidir el pleito

- Profesionales en todas las disciplinas
- Peritos con todos los requisitos legales de titulación oficial y colegiación
- Profesionales con amplios conocimientos procesales
- Experiencia contrastada ante juzgados y tribunales
- Control deontológico y disciplinario de todos los profesionales
- Capacidad, responsabilidad, rigor profesional, y credibilidad en los dictámenes



Solicite por correo o fax un ejemplar totalmente gratuito

LA LIBERTAD DE TESTAR Y LOS PACTOS SUCESORIOS EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

PONENCIA CURSO ACADÉMICO 2014-2015



José Juan Pintó Ruiz. Doctor en Derecho. Abogado

SUMARIO

1. Introducción
 - 1.1) El impulso motivador de la acción legislativa
 - 1.2) La protección institucional de la libertad de testar
 - 1.3) Cualquier restricción de la libertad de testar requiere una justificación seria, trascendente, socialmente aceptable y dotada de una suficiente delimitación
2. La regulación catalana del pacto sucesorio y la libertad de testar (arts. 431 a 431-17 CCC)
 - 2.1) Delimitación del tema
 - 2.2) La gran amplitud en la regulación positiva del pacto sucesorio
 - 2.3) El consecuente amplio cercenamiento de la libertad de testar
 - 2.4) La gran omisión
 - 2.5) El art. 431-6 del CCC no contiene explícitamente la exigencia de que exista y conste una efectiva razón justificante de la pérdida de la libertad de testar

INTRODUCCIÓN

El impulso motivador de la acción legislativa

En el año 1585 la Constitución «Celando por la conservación de las casas principales»⁽¹⁾ agrandó substancialmente el principio de la libertad de testar por cuanto la más gravosa legítima justiniana ⁽²⁾ se uniformiza y se fija en un cuarto, sea cual fuere el número de hijos y este límite también opera con respecto a la legítima de los

ascendientes. Quedan pues $\frac{3}{4}$ partes de la herencia como de **libre disposición**, estableciendo además que tal legítima puede **satisfacerse en dinero y no necesariamente en bienes de la herencia** ⁽³⁾. Todo ello abrió la puerta, como diría Roca Sastre ⁽⁴⁾, no ya solo a la conservación de las casas principales, sino a la conservación de todas las casas, ora principales, ora modestas y además a su esplendor, y a su vez, a una consecuente activación de la edificante libertad civil, al amparo de la autonomía de la voluntad que

generó tantas y tantas instituciones útiles.

Es en este momento cuando la libertad de testar se agranda y se torna fecunda, gracias a dos importantes resortes, que evitan la división y descomposición del patrimonio hereditario, especialmente rural ⁽⁵⁾.

Primer resorte: Reducción y uniformización de *quantum* legitimario.

Segundo resorte: La legítima no es

el derecho a percibir unos bienes de la herencia, una parte de los bienes de la herencia sino que al poderse pagar en dinero (a opción del heredero) es el derecho, no a recibir bienes, sino a percibir un valor. Como diría y dijo lapidariamente Roca Sastre la legítima no es una «pars bonorum» sino una «pars valoris bonorum»⁽⁶⁾.

Esta así proporcionada agilidad ha permitido el nacimiento de los heredamientos en favor de los futuros cónyuges, los recíprocos entre ellos (llamados «mutuales») y los en favor del hijo designado entre los hijos nacederos del matrimonio a celebrar (designado mediante prelación: edad, sexo, nupcialidad).

Esto ha permitido crear un sistema complejo⁽⁷⁾ que en sus sucesivos encadenamientos contempló el incremento del patrimonio rural, gracias a la feliz gestión de los sucesivos dueños, pero este entramado era tal que aunque los sucesivos dueños eran jurídicamente tales dueños y señores, no se sentían como señores meramente gravados, sino en verdad, como **simples administradores y gestores** de un patrimonio que perteneciera a la familia, en su sucesión generacional. Un antiguo esplendor, una riqueza y un bienestar que era evidentemente centrifugo, proporcionó esplendor a la casa pairal pero sirvió también de germen, de grano de mostaza para el posterior bienestar y mejor vida urbanos Y de inmediato generó un gran

bien para la casa rural, pero también – repito – contribuyó mediata e indirectamente al desarrollo urbano. Los legitimarios pese a su derecho de casa⁽⁸⁾ llenaron con su esfuerzo y el importe de sus legítimas el territorio urbano: nutridos pues «ab initio» por la casa madre; fueron sacerdotes, militares, profesionales tales como médicos, ingenieros, juristas en sus diversas facetas, comerciantes o emigrantes, que enriquecidos retornan muchas veces, acudiendo en auxilio de la casa madre en momentos dramáticos para ésta. No fue todo este entramado un acto creador del legislador. Fue el legislador quien, a partir de 1960 recogió el fruto de tal libertad civil.

Y aquel esplendor que para el agro representó esta creación – que el Notario supo encauzar, formalizar e institucionalizar - fue tan atractivo, mereció tanta admiración que se ha producido una tendencia, un sentir según el cual si tanto bien se consiguió en el agro **¿por qué no podía ampliarse esta previsión y conseguir ahora algo parejo para la empresa mercantil urbana?**

Esta admiración por un pasado ahora ya periclitado⁽⁹⁾ es el que ha conducido al legislador a intentar «crear» algo que aunque en situaciones radicalmente distintas pudiera ser igualmente útil y esperanzador. Pero la nueva norma no vino de la consuetudo de abajo a arriba, sino que viene «de arriba a abajo».

La protección institucional de la libertad de testar

Frente a las agresiones indebidas a la libertad de testar⁽¹⁰⁾ ésta ha estado siempre propiamente defendida⁽¹¹⁾ por la conciencia social, debiendo destacar al efecto algunos resortes:

a. La cláusulas «ad cautelam» testamentarias

Estas cláusulas evidentemente son ahora tan mal vistas que el derecho positivo actual solo alude a ellas en sus disposiciones transitorias⁽¹²⁾ que suelen atribuirles eficacia solo en cuanto sean anteriores a la legislación supresora.

Desgraciadamente con frecuencia más intensa que aquella que pudiera calificarse de excepcional, la codicia humana, más allá del afecto familiar aun sentido, se lanza a presionar al testador, con nada despreciable vigor, y además se produce un choque de presiones que se traducen, no solo en los por demás abundante litigios sucesorios – básicamente interpretativos sino que en vida, sobre todo en el último periodo vital. Inútilmente los letrados en ejercicio hemos sido requeridos por el testador futuro, para asistir a reuniones conciliadoras, y lograr aquello que tantas y tantas veces proclama el futuro testador «Yo quiero que todos quedéis contentos, ayudarme a acertar». El resultado, salvo honrísimas excepciones, suele ser un

fracaso y un incremento de las discrepancias.

Esto ocurre, y es frecuente; la agresión a la libertad de testar es una triste perceptible e hiriente realidad.

La cláusula *ad cautelam* era un remedio eficaz siempre, pero sobre todo era algo imprescindible, para cubrir la libertad de testar, de aquel hombre enfermo, próximo a fallecer pero aún consciente, que vive en compañía de su heredero, su nuera y su nieto en la casa *pairal*, apartados de la ciudad. Y allí, un buen día, el Notario se presenta a arreglar las cosas. El Notario escrupuloso, exige quedarse a solas con el testador. Pese a ello, aun a solas el testador, no puede, no se atreve a contrariar a quienes le cuidan, y tiene miedo (aunque sea indebido, o injustificado, pero lo tiene) y teme que en el nuevo acto de última voluntad aquellos legados, aquellas atribuciones particulares antes dispuestas no se expresen, si es que no se revocan. Que tranquilidad no se le proporcionaba al testador cuando él sabía que si en el nuevo testamento que otorgaba bajo presión (fuera real o fuera solo temida) no se incluía la voz o clave secreta (como un nombre propio, un número o una jaculatoria, dispuesta en el testamento anterior) aquel nuevo testamento no sería eficaz y continuaba siéndolo el anterior acto de última voluntad, que así - repito - continúa vigente y eficaz.

El testamento otorgado dotado de cláusula *ad cautelam* era siempre un testamento muy meditado, muy consciente y protector esplendoroso de la libertad de testar, si el testador quería que el siguiente (o siguientes) fuera válido incluía la frase o clave que solo él sabía; pero si se sentía presionado, si no quería que fuera eficaz, omitía la inclusión de la frase o clave y **automáticamente** el testamento fruto de la presión era ineficaz ⁽¹³⁾.

Pero en la modernidad las cláusulas *ad cautelam* han venido ineficaces, incluso suprimidas en Cataluña. Y ha sido una lástima ⁽¹⁴⁾.

b. Todas las interpretaciones que atendiendo

a las correspondientes disposiciones del ordenamiento jurídico vigente y aplicable **modalicen o atemperen la intangibilidad de la legítima**, expuestas en el luminosísimo discurso de ingreso en esta Academia del académico **numerario D. Ángel Martínez Sanchíz** ⁽¹⁵⁾.

c. La supresión en el derecho civil de Cataluña, de todas las reservas

que al modalizar la disponibilidad de los bienes reservados en favor de los reservistas afecta a la libertad de testar. Estas reservas pues ⁽¹⁶⁾ desaparecen y ello se confirma en el Código civil de Cataluña con toda claridad ⁽¹⁷⁾.

d. Testamento eficaz a los 14 años

La necesidad de facilitar el otorgamiento del testamento, ensanchando los límites de la libertad de testar, es tal, que a los 14 años ⁽¹⁸⁾ antes de alcanzar la mayoría de edad o la emancipación en que deviene la plena capacidad de ejercicio ya se puede testar. Esta facilidad racional ⁽¹⁹⁾ muestra de manera evidente, la conciencia social que existe de la intensidad con que se acoge, el principio de la libertad de testar. Ya a los 14 años pues, se puede testar, se tiene la libertad de testar o no testar. Dada esta amplitud, la intensa evidencia de que la libertad de testar es un bien para quien usa de ella, para su familia y para la sociedad, comporta la consecuencia de que las restricciones a la libertad de testar y las normas que legitimen la supresión

de la libertad de testar, son de interpretación restrictiva, como son a su vez de interpretación restrictiva los negocios jurídicos que supriman o modalicen tal libertad de testar. En este sentido, esta testamentifacción activa a partir de los 14 años comporta una influencia decisiva y por demás significativa en orden a que la prevalencia de la libertad de testar exige que las normas que la restringen – insisto – **sean de interpretación restrictiva**.

e. Protecciones especiales

El respeto a la libertad de testar es tal que el ordenamiento jurídico proscribe todos aquellos actos, insidias, maquinaciones y fraudes que comportan una presión sobre la voluntad del testador – es decir, restricción a su libertad – y asimismo se proscriben todos aquellos perversos artilugios que inciden en el conocimiento en la conciencia íntima («*cum scientia*») alterando el propio y recto conocer y sentir del testador. Todo ello no tiene otro objeto que proteger la libertad de testar, tanto en la formación de la decisión (conciencia del saber) como en el ejercicio de la misma decisión. La proscripción de la «*captatio voluntatis*», la **prevalencia de la voluntad real** sobre la declarada en el caso de error obstativo, con la proclamación de la teoría de la prevalencia de la *Whilensstheorie* ⁽²⁰⁾, el fraude o engaño también proscrito, el dolo que afecta al conocimiento y derivativamente en la formación de la voluntad ⁽²¹⁾, e incluso la proscripción de **las enajenaciones de bienes del causante antes de morir éste**, provocadas por quien quiere así torcer el querer del causante son muestra más que evidente de lo poco menos que sagrado que es, respetar la libertad de decisión «post mortem» del causante, de tal modo que no nos hallamos ante una simple protección verbal, simbólica o teórica, sino ante un **principio** que es digno de la mayor protección jurídica y jerárquicamente situado en

una cota muy alta⁽²²⁾.

Estas constataciones son preceptos que protegen la libertad de testar, y que habrían de tenerse muy en cuenta por el legislador y por el intérprete.

f. «In genere» la libertad civil

tan proclamada en Catalunya⁽²³⁾, tanto más, ha de provocar muy de veras el máximo respeto al derecho del titular de un patrimonio, como suyo que es, de disponer libremente como él quiera *post mortem*. Una cosa es disponer *mortis causa* y otra cuestión muy distinta es renunciar *in genere* a disponer, a dar efectividad a su voluntad en el futuro.

g. Principio general

La conclusión cierta, jurídicamente procedente y moralmente imperativa es que es vigorosamente informador el principio de protección a la libertad de testar ⁽²⁴⁾.

Cualquier restricción de la libertad de testar requiere una justificación seria, trascendente, socialmente aceptable y dotada de una suficiente delimitación

Si no podemos dudar del bien que comporta el respeto a la libertad de testar, si no podemos dejar de contemplar la realidad de que este principio goza especialmente del favor del Derecho habremos de concluir que para restringir el principio deberá existir **una razón que lo permita** y si la restricción comporta la anulación total de la libertad de testar (prohibiéndole testar) la razón justificante de algo tan grave y trascendente ha de tener licitud y **gran importancia**.

El éxito (ahora ya periclitado, ya finito por el cambio social) que tuvieron los heredamientos otorgados en capitulaciones matrimoniales para conservar, engrandecer las casas principales – y las no principales – proporcionando un crecimiento del agro cultivable y productivo; crecimiento en

su extensión, concentrando en él, la conjunción de sus sucesivas familias, la del marido y la de la mujer, que así en cada generación, en lugar de dividirse el patrimonio crecía y ampliaban la extensión del agro, y con ello – repito – la importancia y el *quantum* del patrimonio familiar fue espectacular y evidente.

La esplendorosa realidad ⁽²⁵⁾ confirmó que fue **un bien**, consecuencia de la creación que la sociedad civil efectuó sobre la marcha, y los instrumentos notariales (capitulaciones matrimoniales) arrancando retazos de la misma vida rural, trasladarían a sus protocolos la consiguiente y genial creación institucional. La compilación de 1960 recogió (confirmando aquel decir de Savigny y la escuela histórica) aquella creación nacida del hacer y por ende del sentir ⁽²⁶⁾ de la conciencia social histórica de aquel momento y de aquel lugar. Esplendido el resultado. Esplendida la justificación y es evidente que aquello que el pueblo quiso (tanto lo quiso que lo practicó) y podía



y pudo ser eficaz, útil y bueno ⁽²⁷⁾.

Valió la pena, **era lógico restringir la libertad de testar** para conseguir, generación tras generación, que aquella entrega de aquellos afanes y bienes de dos familias continuara. Para ellas, el matrimonio era, a la sazón, algo serio y perdurable – la causa legitimadora decía Roca Sastre ⁽²⁸⁾ es el matrimonio – y querían que esta confluencia se repitiera y subsistiera, generación tras generación perdurando así la potencia conservadora y engrandecedora.

Ahora aún no nos hemos dado cuenta de lo difícil que es crear una semejante solución para la empresa familiar urbana: protocolos, convenios, entramados de sociedades mercantiles, unas reales, otras dignas de que se les levante el velo, ensayos de trust, aparentes disposiciones de presente, fiducias, éxodo de bienes al exterior, alimentando a costosos «fiduciarios», etc., etc.. Nada preciso, nada definido.

El legislador **sin la luz** que procede de la realidad de la conciencia social, sin la luz que va de abajo a arriba, ha optado por configurar el pacto sucesorio **con una amplitud extrema**, amplísima, pero eso sí, privando de la libertad de testar al otorgante en el futuro. No ha gozado el legislador de la construcción previa y creadora de una realidad social preexistente surgida del espíritu del pueblo.

Ya se comprende que las capitulaciones matrimoniales y los heredamientos que se configuran legislativamente en 1960 eran las positivación de una actitud consuetudinaria inmemorial del pueblo. Ahora nos hallamos ante una creación lógica de un legislador, estudioso, conocedor de la dogmática, pero huérfano de una recepción suficientemente configurada de abajo a arriba, porque aún no existe.

Y desgraciadamente por este conjunto de circunstancias no aparece en el texto positivo la **clara exigencia de una justificación seria**, de un motivo motor suficiente, para privar al heredante de un derecho tan importante y tan indiscutible como poder constituir diferentes disposiciones sucesorias a la vista de la situación cambiante, y así disponer post mortem de sus bienes, a la luz de lo que en cada momento está ocurriendo.

Insisto: lo que debe ser preciso, en cada uno de estos otorgamientos cercenantes de la libertad de testar es la existencia y expresión de **una razón que justifique, que explique**, y que haga necesaria una pérdida tan y tan importante como es el citado bien de la libertad de testar. Y esta exigencia **no está impuesta**, cuando debería estar claramente proclamada.

LA REGULACIÓN CATALANA DEL PACTO SUCESORIO Y LA LIBERTAD DE TESTAR (ARTS. 431 A 431-17 CCC)

Delimitación del tema

No pretendemos analizar en profundidad la positivación de los pactos sucesorios, efectuada «ex novo» por el CCC. Solo queremos aquí, en esta modesta ponencia, entregarnos afanosamente y respetuosamente a percibir la mayor luz, en orden al mantenimiento del principio de la libertad de testar, de tal modo que de una parte sea patente la **excepcionalidad** de cualquier restricción a dicho principio (libertad de testar), y de otra que además cualquier restricción debe obedecer, en cada caso concreto a **una razón, a un motivo justificante y poderoso** de tan alarmante y trascendente sacrificio ⁽²⁹⁾.

No puede suprimirse ni cercenarse la libertad de testar, si en el caso con-

creto, no aparece evidente y real una justificación de tamaño sacrificio.

Que sin motivo, sin causa, aparezcan renunciaciones a este derecho, alarma sustancialmente.

La gran amplitud en la regulación positiva del pacto sucesorio

El actual legislador catalán (al revés de lo que les ocurrió a quienes hicieron posible la compilación ⁽³⁰⁾ de 1960) no pudo contar con un acervo de instrumentos notariales que se configuraron gracias a la gran actuación de la autonomía de la voluntad del mundo rural, que perfilaban en las capitulaciones matrimoniales aquellos heredamientos y aquellos pactos nupciales, con su proyección al futuro hacer de las generaciones siguientes, que tanto bien generó y contando además con aquella estabilidad que dio el matrimonio rural, y con la realidad del pacto de unidad económica, que se transcribió después en el art. 71 de la Compilación de 1960. Porque aquel pacto no solo era un pacto sino que era un pacto nacido del pueblo y respetado por él; era un pacto sentido, generalmente aceptado y querido. Los compiladores gozaron de tal riqueza. El actual legislador catalán no ha podido disponer de tal cosa, no ha dispuesto de aquella excelencia. La regulación del pacto sucesorio en contemplación de la empresa urbana familiar y para obtener un fruto y un éxito como aquél que los heredamientos capitulares rurales obtuvieron, no goza de una previa instrumentación practicada, aceptada y vivida, como ocurrió con los ya citados heredamientos. Solo aparece una desordenada amalgama de prácticas varias: protocolos familiares de diversa significación y contenido, negocios jurídicos instrumentales, muchos de ellos de dudosa legalidad. Sociedades participadas y participantes, con pactos para-sociales en documentos privados, disposiciones fiduciarias,

cuando no, utilización de fundaciones o asociaciones diversas, no se ha dispuesto de una regulación del trust, ni una práctica uniforme de él, bienes sitios y sociedades actuantes fuera del territorio de la soberanía nacional. Con los mayores respetos, aunque la inmensa mayoría de las personas y colectividades interesadas, actúan con arreglo a Derecho y con reconocida actitud ética, y merecen la mayor loa, lo cierto es que, la estructuración jurídica de todo ello, es poco menos que caótica. Claro que existen protocolos de maravillosa perfección y que muestran la altura del esfuerzo creador de ellos, pero no aparece **una uniformidad suficientemente reglada** y es que, en lo urbano, no existe aquella continuidad estática del patrimonio rural, sino movilidad y trasvase negocial continuo, la gestión de la empresa es una exigencia específica y dinámica muy singularizada. La cohesión familiar, rural, es distinta de la urba-

na ⁽³¹⁾. En ésta y fallecido el creador, acaece la gran dispersión y no existe una visión de futuro que unifique a los descendientes que lejos de aglutinarse se dispersan. El elemento de cohesión no existe y por mucha protección que reciban estatutariamente las minorías, el juego de las mayorías, el capital y los titulares de él, o gestores representantes de él son los que mandan. El sentimiento de unión, de cohesión familiar, a medida que acaece la sucesión generacional se dispersa, se difumina, unos se distancian cada vez más de los otros. Lapidariamente pues pervive aquella visión profética de ROCA SASTRE: Hay que diferenciar lo rústico de lo urbano. Total y en resumen, el legislador catalán no cuenta insisto, no dispone de aquellos antecedentes que muestran una pre-creación jurídica, querida y uniformemente practicada como ocurrió en el agro. No dispone de un proyecto jurídico que viene de abajo hacia arriba. Nada ha tenido.

¿Y qué ha hecho? Pues crear algo que para ser operativo ha de estar dotado de la máxima generalización, y esta máxima generalización, esta máxima amplitud, al ser por tanto operativa en prácticamente todo caso, da por resultado, como se verá, que la vinculación hacia el futuro afecte muy gravemente, muy nocivamente a la libertad de testar ⁽³²⁾.

El consecuente amplio cercenamiento de la libertad de testar

El causante que otorga un pacto sucesorio pierde su facultad de testar, su libertad de testar desaparece. El art. 431-12 comporta la clara positivación de tamaña limitación. Bajo la apariencia de una posibilidad de modificar, lo que el precepto dispone es que tales actos sucesorios «pueden modificarse mediante acuerdo de los otorgantes



formulado en escritura pública». Además añade que «la facultad de modificar y resolver los pactos sucesorios de mutuo acuerdo se extingue después de la muerte de cualquiera de los otorgantes». En el párrafo siguiente se dice que si al otorgamiento del pacto sucesorio han concurrido más de dos personas, para modificarlo o resolverlo, solo se necesita el consentimiento de aquellas a las cuales afecta la modificación o la resolución.

No es objeto de este análisis, la necesidad de interpretar el conjunto de ambos párrafos, ya que en el primero, se dice, sin más, que la muerte de un otorgante imposibilita toda modificación o resolución, y el párrafo siguiente dice que para modificar, no se precisa el consentimiento de todos, sino solo de aquellos a quienes afecta la modificación o resolución. Aquí solo interesa dejar claro que el heredante otorgante del pacto sucesorio ya en vida pierde toda facultad de alterar

su disposición *mortis causa*. Ello ya no está en su mano ni depende solo de su libre decisión. Ha perdido su libertad de testar.

Y si el pacto sucesorio está concebido constitutivamente en términos tan amplios se comprende que esta libertad de testar, este derecho en vida del heredante de adaptar su decisión a los cambios reales que pueden producirse con el paso del tiempo, a los cambios de conducta y afecto, agradecimientos profundos o dolorosas decepciones, esta libertad tan justa y tan humana desaparece.

Y esta autorregulación de algo tan normal, lógico y universalmente aceptado, ha de obedecer a algo importante, grave y necesario ⁽³³⁾.

La gran omisión

Mientras el heredamiento clásico capitular tiene una justificación, y

efectivamente hay algo tan importante y trascendente que lo justifica, en cambio aquí en el genérico pacto sucesorio ¿puede consentirse la pérdida de la libertad de testar sin justificación alguna? Y esto, cierto, no debe ser admitido.

De manera ineludible para que sea explicable y digna de protección jurídica tamaño pérdida de una libertad tan natural como la dicha ⁽³⁴⁾ es lógicamente necesario que ello obedezca a una causa, a un fundamento sustancial que lo explique.

Piénsese, por ejemplo, que los otorgantes pueden ser dos o más personas. Y si solo son dos, claro está que estos dos son el heredante y el heredero, lo que quiere decir que el heredante queda en manos del heredero, y ya ha ocurrido en la práctica, que se vienen otorgando llamados pactos sucesorios consistentes que el heredante (como si fuera el testador pacta con el here-



dero la institución contractual de éste y nada más). ¿Y qué diferencia hay entre este pacto y la institución derivada del otorgamiento unilateral de un testamento? Pues ninguna otra, salvo que en el pacto el heredante ya jamás podrá por sí solo modificar su otorgamiento durante su propia vida. En estos casos es pues posible renunciar puramente a la libertad de testar sin más ⁽³⁵⁾.

Es grave, no exigir en todo pacto sucesorio una justificación causal (no se trata de una contrapartida sinalagmática, sino de una razón ética y buena que sea un bien que lo justifique) plena.

Y esta es la gran omisión. Yo diría la triste omisión. Y existe el peligro de que el otorgante, aún escuchada la lectura del instrumento, y pronunciada esta lectura con el máximo cuidado, no se da cuenta de que no otorga un testamento sino un pacto, pues en su formulación normalmente no se consigna su irrevocabilidad – ni hace ello falta, ni es necesario. Es más, aunque en aquel momento lo acepte conscientemente, su libertad ante el cambio de circunstancia esenciales no debería quedar periclitada si no existiera una poderosa razón justificante de tan grave pérdida ⁽³⁶⁾.

Insistimos en que es perfectamente posible que un testador o una testadora, creyendo que otorga un testamento, instituya heredero a su hijo, cuando está otorgando un pacto sucesorio con su hijo, sin que este negocio jurídico ni sea otra cosa, que lo mismo que una institución de heredero en testamento, sin otra variación que la extinción de la libertad de testar, y la consiguiente conversión de un negocio unilateral sucesorio esencialmente revocable en un negocio bilateral sucesorio irrevocable. Ha de tenerse en cuenta que esa novedad del CCC **no ha sido popularmente difun-**

didada. El jurídicamente profano sabe que puede instituir heredero a su hijo mediante un negocio jurídico unilateral que se llama testamento, **pero no sabe** que también puede constituirse heredero a su hijo **mediante negocio jurídico irrevocable**. Esta extraña modalidad, no se ha difundido, y solo el celo notarial sin duda provocará que el **fedatario le advierta** del singular nuevo significado de tal negocio jurídico. Pero ello, esta advertencia, no está obligada, y el Notario puede no efectuarla, porque de su lectura o audición y de la presencia del hijo como otorgante ya debería deducirse que el heredante está ante algo diferente.

Pero es posible, perfectamente posible, que por la vía de captación de voluntad, por actuaciones personales fraudulentas se engañe al otorgante que tiene arraigada en su mente la libertad de testar y la revocabilidad ordinaria de las disposiciones testamentarias ⁽³⁷⁾.

Ello ciertamente constituye un peligro, pero insistimos en que aún con pleno conocimiento de la naturaleza del acto, jurídicamente, este importante sacrificio de la voluntad de testar, debe obedecer a algo, a alguna razón que lo justifique. Sin justificación la renuncia a la libertad de testar, el abdicar de ella porque sí, es – repito – un absurdo lógico y consecuentemente un ostensible acto injusto.

La no exigencia formal, clara y contundente de una proclamación en el instrumento de suficiente justificación es, ciertamente, una gran omisión del precepto.

El art. 431-6 del CCC no contiene explícitamente la exigencia de que exista y conste una efectiva razón justificante de la pérdida de la libertad de testar

El art. 431-6 en el enunciado de su

contenido que el propio artículo cita, parecería indicar que efectivamente exige esta motivación. El precepto comienza con el siguiente enunciado «**Cargas y finalidad del pacto sucesorios**». Este enunciado, es ciertamente prometedora. Pero la expresión normativa del contenido es bien distinta. Dice así ⁽³⁸⁾

«1. En pacto sucesorio, pueden imponerse cargas a los favorecidos, que deben figurar en el mismo expresamente. Si procede, también debe hacerse constar, si tiene carácter determinante, la finalidad que pretende alcanzarse con el otorgamiento del pacto y las obligaciones que las partes asumen a tal efecto.

2. Las cargas pueden consistir, entre otras, en el cuidado y atención de alguno de los otorgantes o de terceros, y la finalidad, también entre otras, en el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar o en la transmisión indivisa de un establecimiento profesional.»

Ciertamente que aparece una alusión a la finalidad, pero el «si escau» (es decir traducido por «si procede») del inicio del párrafo quiere decir algo así como «si acaso procede» y tal aspecto condicional está lejos de comportar una propia exigencia ineludible cuando, con clara contundencia y con carácter determinante, debería exigir la norma que constara la finalidad perseguida.

Aparte de que lo que se viene a decir, es que **si acaso existe** se debe hacer constar, la **necesidad constitutiva de la existencia de un motivo legitimador serio, importante y justificador**.

No está ni exigida ni proclamada legislativamente la necesidad de la proclamación en el pacto ni la necesidad

de la existencia de una razón seria e importante que causalice y explique la importante pérdida de la libertad de testar.

Tenemos que insistir en que literalmente el **texto no exige** que sea necesaria la existencia de un motivo que justifique el sacrificio tan grave y trascendente cual es la privación de la libertad de testar.

Veamos lo que en realidad, literalmente, dice el texto. En el primer inciso dice que en el pacto «se Pueden imponer (“pueden” no es imperativo) cargas a los favorecidos que han de figurar expresamente». O sea que, **si se imponen** han de figurar.

A- Lo que dice

Si procede ⁽³⁹⁾ también debe hacer constar, si tiene carácter determinante la finalidad que pretende alcanzarse con el otorgamiento del pacto y las obligaciones que las partes asumen a tal efecto. La condicionalidad o eventualidad

que se desprende de la expresión «si procede» ⁽⁴⁰⁾ y la eventualidad si es o no es «determinante», está muy lejos de expresar la absoluta necesidad «sine qua non» para la constitución válida del pacto, de que exista y se proclame una justificación seria, idónea y suficiente del trascendente sacrificio para el futuro de la libertad de testar. Si en fin, la norma solo dice que se puede o no hacer constar, si es que la finalidad tiene carácter determinante (lo que quiere decir que puede no tenerlo) tal finalidad y las obligaciones ordenadas a su efectividad **no aparecen normadas como ineludibles**.

Lo que desgraciadamente expresa es que si hay finalidad determinante ha de hacerse constar.

B – Lo que debe resultar de una interpretación integrativa del precepto

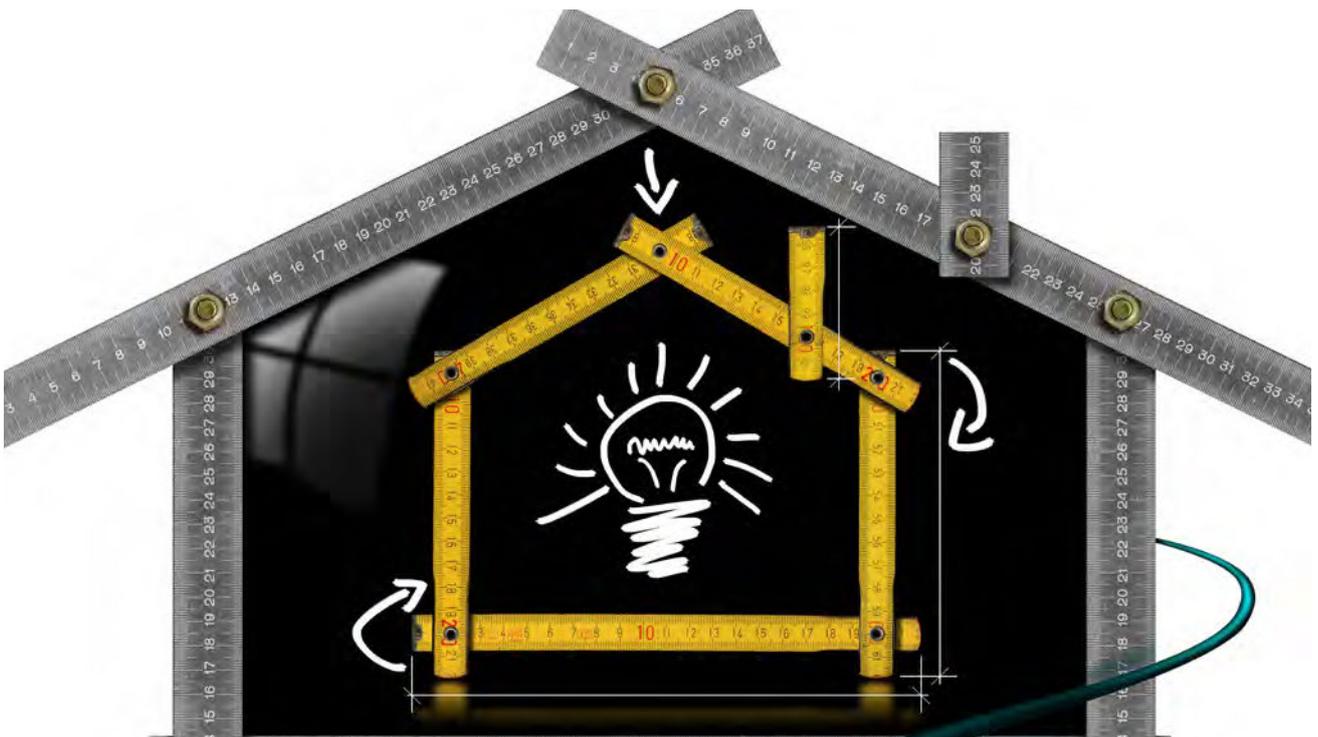
Aunque el art. 431-3 no expresa todos los efectos del pacto sucesorio,

y dice que «no adquieren derecho alguno hasta el momento de la muerte del causante», el precepto es menester integrarlo, porque no es inocuo ni mucho menos, pues el principio de bilateralidad institucional de los derechos subjetivos, nos hace ver que lo que entrega o pierde el heredante es importantísimo ⁽⁴¹⁾.

Pierde el heredante ⁽⁴²⁾:

a. De acuerdo con lo que dispone el art. 431-12 el heredante pierde la potestad de modificar o dejar sin efecto el pacto salvo mediante nuevo convenio (en escritura pública) otorgado por los otorgantes y otros resortes nada fáciles ⁽⁴³⁾.

Deja pues sustancialmente al arbitrio de los otros otorgantes nada menos que el causante pueda disponer de otra ordenación de su sucesión, ordenación futura de su sucesión. No es ciertamente poco, sino que es gravísimo y trascendental perder para el futuro la facultad



de testar: pierde y les entrega la libertad de testar. Casi nada ⁽⁴⁴⁾.

b. Además de lo dicho el art. 431-8 permite la extensión de una nota marginal en el folio registral (del Registro de la Propiedad) correspondiente a cada finca. Esto, en la realidad limita de presente «de facto» la facultad de libre disposición intervivos del bien en cuyo folio registral se ha extendido la nota marginal, pues no existirá persona alguna que adquiere el dominio o derecho real sobre dicha finca, ni que quiera elevar contratos aún meramente obligacionales en los que sea indispensable contar con la finca.

c. Más grave es aún la situación, si lejos de otorgar un heredamiento simple, se otorgan heredamientos cumulativos en los que se efectúan ya donaciones de presente, en los que ni siquiera son aplicables la facultad institucional reglada de revocación de donaciones (arts. 431-19.2).

d. La reserva para disponer y efectuar asignaciones a la legítima que se mencionan en el art. 431-22 expresan también las largas limitaciones que comporta el pacto sucesorio si no se hace uso, al pactar, de tal reserva.

La atenta lectura de dicho precepto, muestra la importancia y trascendencia de la concesión de derechos (bilateralidad) a los demás otorgantes.

e. El art. 431-25 muestra las consiguientes limitaciones en el ejercicio de derechos inherentes a la calidad de socio que ostenta el heredante, tanto en cuanto derechos políticos como económicos, con posible publicidad registral mercantil ⁽⁴⁵⁾.

Aunque todo ello no comporte, al decir de algunos autores, una relación sinalagmática *do ut des* ⁽⁴⁶⁾, lo cierto es que la pérdida o menoscabo de facultades, y sobre todo de la facultad de disponer (más allá de las disposiciones *mortis causa*) incluso de los bienes, está – de facto – gravísimamente cercenada.

Y cuando el tiempo avanza y las enfermedades y los achaques aparezcan y duelan los desengaños por la falta de colaboración o asistencia y se patentiza la soledad entonces hallándose en plena capacidad para premiar a quienes le atiendan, o en trance de darse aquella propia satisfacción de conceder o ayudar, no pueda hacerlo.

Este sentirse bloqueado es, por lo menos, muy doloroso ⁽⁴⁷⁾.

f. Escusado es insistir **en la importancia del art. 431-25.4** según el cual «El heredero instituido ⁽⁴⁸⁾ puede impugnar los actos dispositivos en la medida en que puedan considerarse otorgados en **daño** o en fraude del heredamiento, **incluso en vida del heredante**». Si se tiene en cuenta que todo gravamen, constitución de un derecho real o afección a un bien, reduce la que será masa hereditaria, es evidente que el heredero puede pretender la ineficacia de los actos de disposición que el pactante heredante hace en vida. Este precepto, constituye una limitación que trasciende más allá de la libertad de testar y alcanza la de disponer en vida por el propio heredante.

Y esta línea limitativa está también en el art. **431-25.3**. El heredante poco menos que da pena ⁽⁴⁹⁾ si no se produce la interpretación integrativa que defendemos: Es necesario para la validez del pacto que exista (y se proclame en el mismo)

una razón grave y suficiente que justifique el sacrificio.

g. Este conjunto de realidad constituye un menoscabo gravísimo e importantísimo, no ya solo de la libertad de testar, sino «de facto» de disponer, de relacionarse, incluso de no sentirse hacedor, protagonista. Es mucho, muchísimo lo que cede ⁽⁵⁰⁾.

Claro que las anteriores razones (desde a. hasta g.) conducen a admitir «in iure» la necesidad de proceder a una interpretación integrativa, a una aplicación de incluso equidad correctiva, pero no es solo esto, sino que es necesario acudir a la interpretación integrativa porque el propio precepto lo hace necesario, para poder perfilar su verdadero contenido.

En efecto, el art. 431-6 está encabezado por una especie de título que viene a significar que lo que sigue expresa cuales son las cargas y la finalidad del pacto sucesorio. Dice escuetamente lo siguiente:

«*Càrregues i finalitat del pacte successori*», es decir:

CARGAS Y FINALIDADES DEL PACTO SUCESORIO

Se refiere a las cargas (en sentido de imposiciones modales), pero también nada menos que a la finalidad del pacto sucesorio.

Pero para describir aquello que concierne **a la finalidad** dice lo siguiente, que hemos de transcribir en catalán, por la importancia que tiene la dicción empleada Dice así:

«Si escau, també s'hi ha de fer constar...» y la traducción de ello podría ser la de «si procede» también se ha de hacer constar la finalidad. El problema está en el significado de la expres-

sión verbal «si escau»⁽⁵¹⁾. Y esta voz no tiene un significado preciso, ni varios semejantes, sino muchísimos incompatibles entre sí⁽⁵²⁾ y es indispensable integrar la expresión normativa, porque si no se procede a ello la expresión normativa tanto puede decir que es necesario, como que no es necesario, como según se quiera. Y creemos que después de todo lo dicho, lo que quiere decir – y mediante el esfuerzo integrativo que además de un esfuerzo es un deber – es que **es esencial hacer constar una razón que justifique tamaños sacrificios** que ha de ser, en cada caso, seriamente suficiente, y fundamento lógico de la declaración, partiendo de que la libertad de testar es un bien importantísimo, necesario y universalmente admitido, y para **renunciar** a él – y además asumir las consecuencias adversas enunciadas – ha de haber un porqué, un fundamento, una causa justificante como la hubo en los heredamientos capitulares que tanto bien hicieron para la conservación en el agro de las casas principales y no tan principales, con las consiguientes singularidades y contenidos utilísimos. Y aquí, como la autonomía de la voluntad aún no ha creado plenamente tales contenidos que sean un fundamento real y efecti-

vo porque aún nos hallamos vacíos de contenido, es claro que el «si escau» no comporta un contenido, banal e ineficaz, sino que expresa la necesidad *sine qua non* y esencial de que conste la **conurrencia de un fundamento válido y real en cada caso, justificante** del sacrificio de la libertad de testar. Y esta exigencia resulta de la necesaria y exigida utilización de la interpretación integrativa, por cierto tan defendida por los juristas catalanes.

Cuando dice «si procede» queda en blanco, cuando procede y cuando no procede.

Es evidente que en trance de ampliar la norma, hay que tener en cuenta que en Cataluña el art. 111-2 «interpretación e integración» dice que el Derecho civil de Cataluña «se ha de integrar». No dice que podrá integrarse sino que se ha de integrar de acuerdo con los principios que la informan, teniendo en consideración la legislación jurídica catalana.

La tradición jurídica comporta la consideración de lo que fue y era la conservación (nada menos que esto) la conservación de las *casas pairales* y su desarrollo que produjo aquellos bie-

nes, que **justificaron** aquel sacrificio y el art. 3 del Código civil español dice que se interpretara «en relación con el contexto», «los antecedentes históricos y legislativos, y la **realidad social** del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

Y en el párrafo siguiente manda la ponderación de la equidad, no dice que puede co-ponderarse la equidad sino en la aplicación de las normas, lo que quiere decir que hay que ponderar todas las circunstancias incidentes, que coinciden con el art. 111-9 del CCC.

Y esta consideración está potenciada para evitar aquellas situaciones en que dos personas pactan, nada más que lo que piden pactar en un testamento, **sin otra tradición que la ilegal de que una parte** renuncie a su libertad de testar. La ineficacia de dicha pérdida solo puede conseguirse con el «permiso explícito» del inductor.

Esto justificaría las conclusiones que a continuación exponemos. ■

CONCLUSIONES

- En el derecho español, y muy intensamente también en el especial de cataluña, se admite la interpretación integrativa y el principio de que los jueces deben (que es más que pueden) ponderar la equidad
- El principio de la libertad de testar es esencial y solo puede cercenarse su aplicación cuando concurre un fundamento de señalada utilidad o necesidad
- No es posible cercenar la libertad de testar, por motivos banales o sin motivo alguno
- El art. 431-6.1 del CCC exige una interpretación integrativa que conduzca al respeto y salvaguarda de la libertad de testar. Y este principio es tan esencial que solo puede modalizarse en cuando con expresa constancia en el título concurra en el caso un fundamento sólido, no banal, justificante
- La conculcación de este respeto puede conducir a situaciones profundamente injustas y socialmente nocivas



1 En el libro de PONS GURI y SANDALINAS, Florenza titulado «Constituciones y otros Derechos de Cataluña». Barcelona, 1952 pág 92 aparece la traducción al castellano (efectuado por dichos autores) de esta constitución, en los siguientes términos:

«FELIPE en las Cortes de Monzón. Año 1585. Capítulo 94. Celando para la conservación de las casas principales, establecemos y ordenamos, con el consentimiento de las presentes Cortes, que la legítima para todos los hijos e hijas, aún cuando sean en número de más de cuatro, no sea sino la cuarta parte de los bienes del difunto, de la sucesión del cual se tratará con respecto a las legítimas, y que esto sea observado en todo el Principado de Cataluña y Condados de Rosellón y Cerdaña, aunque hasta ahora tan sólo se observara por privilegio o ley local en Barcelona; y que esto tenga lugar tanto en la legítima de los descendientes como en la de los ascendientes, revocando cualesquiera ley, costumbre y observancia en contrario que hasta ahora hubiera habido y se observara en cualquier parte de dichos Principado y Condados. Declarando que esta disposición, fuera de Barcelona, tan sólo comprenda los casos futuros, y que esté a opción del heredero pagar la legítima con dinero, estimado el valor de los bienes del difunto, o con propiedad inmueble, y cuando sobre la propiedad que se señalare hubiese discordia, quede al arbitrio del juez.»

Esa Constitución surge de las Cortes de Monzón del año 1585 y el hijo de Carlos I que después sería Felipe II, actuó en las Cortes mencionadas como lugarteniente de su propio padre Carlos I.

Esta constitución al permitir la institución de heredero solo cercenada por una legítima tan corta y clara (lejos de la complicación que precisa MAYNZ «Curso de Derecho Romano», Tomo 3. Barcelona. 1892. Traducción Dr. POU y ORDINAS. Segunda edición, pág. 403 y ss.) facilitó que el heredero, como tal, se constituyera, vía sucesoria, en dueño y señor de una universalidad (conjunto de fincas, bienes muebles, líquido, derechos diversos y réditos) que se denominó «la casa pairal», y el subsiguiente matrimonio del heredero, en cuanto contrayente con su esposa (también otorgante como él de las capitulaciones matrimoniales) del mencionado enlace vio como la dote, y otras atribuciones de la mujer (incluso, a veces, la institución de heredera «pubilla») procedente de sus mayores, enriquecían el acervo patrimonial de la casa pairal, y así mediante las mencionadas capitulaciones matrimoniales no solo se reguló económicamente el dominio del titular heredero de la casa pairal, la convivencia y la economía del matrimonio contrayente sino también una ingeniosa previsión institucional del futuro. Estas capitulaciones matrimoniales, otorgadas por el heredero del que hablamos, por los padres de dicho heredero, por la futura esposa del repetido heredero y los padres de ella, no se limitan solo a la regulación de las aportaciones y a la economía del matrimonio que se proyecta, casi siempre con el pacto de unidad económica familiar. No solo suelen pactar esto. Sino algo más: estos mismos hijos que se van a casar también contemplan que entre los varios hijos o hijas que tendrán, deberán elegir un único heredero que opere otra vez la constituida permanencia, conservación y engrandecimiento de la casa pairal. Pero ¿cómo pueden ahora elegir al hijo futuro heredero único, continuador de entre los varios si no saben quién ni cuántos serán? Pues mediante el establecimiento de prelación (o sea preferencias) cuya conjunción determinará siempre a uno de entre los varios como heredero. Estas prelación son la de **edad, sexo y nupcialidad**. Así el hijo que al fallecimiento sea mayor, sea de más edad (será elegido) – prelación de edad – entre aquellos que sean varones (prelación de sexo) y que además sea hijo común de los consortes, hijo biológico y carnal de ambos unidos por matrimonio legítimo (muchos añaden canónico). Si no hay hijo varón alguno, será heredera (pubilla) la hija mayor, también del matrimonio.

Esta constelación de disposiciones mortis causa, contiene diversas disposiciones diferentes, todas ellas encaminadas a asegurar la prosperidad de la casa pairal y su futuro esplendor. Claro que se suele reforzar esta consolidación hacia el futuro, incluso con sustituciones fideicomisarias. Pero hemos de destacar una peculiaridad, ciertamente inteligente de tales sustituciones fideicomisarias. La vinculación fideicomisaria puede llamar como sustituto fideicomisario al siguiente descendiente del heredero, pero en Cataluña el fideicomiso en favor de los descendientes **es poco frecuente**. ¿Por qué? Porque este fideicomiso (llamado «Cum liberis») lo reputan innecesario porque todo padre activa casi siempre su deseo de sucesión en favor del hijo suyo determinado por la prelación; mas lo que le preocupa es que su heredero no tenga hijos, y así, al no tenerlos pierda aquel interés de ser sucedido en la casa pairal y por esto el fideicomiso catalán tradicional no es aquel que tiende al descenso («cum liberis») sino a una sustitución lateral, pues piensa que si su hijo instituido heredero falleciera sin hijos, pero en cambio falleciera con hijos el hermano siguiente, éste debería ser el sustituto idóneo pues el bien de su descendencia le apartará de la dilapidación y le inducirá a conservar, ahorrar y prosperar.

Esto explica – repito – que en Cataluña el refuerzo fideicomisario no sea de abajo a arriba, sino lateralmente. El padre piensa – si mi hijo tiene descendientes ya guardará y cuidará y engrandecerá la casa pairal por el respeto y amor que siente por uno de ellos (el que corresponda según las prelación). Y piensa a su vez que si no se tienen hijos, entonces sin la fuerza del amor paterno no sea que malbarate los bienes, a lo mejor, sin este sentimiento natural, sin la vigorosa presión del amor a sus hijos, a lo mejor se dedica a dilapidar, y para evitarlo, opta por la sustitución fideicomisaria lateral llamada «sine liberis» de tal modo que si su heredero no tiene hijos, quede sustituido por el siguiente que los tenga, asegurando así la conservación de la casa pairal y su marcha hacia las siguientes generaciones. Esta sabia constelación de resortes jurídicos dio como resultado un engrandecimiento (que se agudizaba en cada generación) que fue tan eficaz que consiguió no solo el esplendor sucesivo de la casa pairal, sino también unas legítimas suficientemente amplias para permitir el enriquecimiento de los legitimarios quienes al salir de la casa pairal hicieron surgir aquellos comerciantes, fabricantes – en su tiempo de tejidos – industriales, profesionales (médicos, abogados, juristas prestigiosos, magistrados, etc., etc.) y también emigrantes a ultramar que después retornan con su riqueza y experiencia.

Y a su vez, como explica ROCA SASTRE, produjo otro efecto aleccionador. Los sucesivos titulares vía sucesoria de la casa pairal, eran jurídicamente dominus, dueños, señores del patrimonio, pero con ser ésta su evidente titularidad jurídica, lo cierto es que no **se sintieran dueños**, sino que se sintieron solo como gestores poderosísimos, administradores de un patrimonio que era de «la familia» idealizada como de sólida y firme existencia, profundamente perdurable.

Así el padre administra, después su viuda denominada «senyora, majora, poderosa i usufructuària» lejos de sentirse esto, se siente y actúa como regente de un patrimonio hasta que el descendiente que corresponde a la relación le sustituya. Y se siente tan lejos de ser usufructuaria que lejos de hacer suyos los frutos, ella, en virtud de la «consentido bulgari» los frutos los ingresa en la casa pairal, no en su patrimonio particular, de ella misma. Y a su vez pudo disponer y dispuso de los bienes de la herencia (a pesar del «salva rerum substantia») para pagar legítimas, sufragar mejoras, efectuar subrogaciones, con singular acierto y lealtad.

Este esplendor no dejó de ser alterado, pese a actitudes pícaras que tuvieron que ser corregidas. Y lo fueron genialmente.

Demasiadas veces ocurría que padres de varios hijos varones y varias hijas, procuran que estas hijas, claro está queriendo ellas, se casaran con hijos buenos pero pertenecientes a familias bien dotadas económicamente. Y ocurría que estos padres tenían varias hijas, pero un solo patrimonio. Y así, una inspiración tan ingenua como perversa hizo que – desgraciadamente así ocurrió – algunos de estos padres dotaban muy bien, muy generosamente a su hija y ya en vida, **antes de que se casaran** les hacían donación de muchos bienes. Y la hija, muy arraigada a su familia de origen, oía las peticiones de ésta y **después de casada accedía a retrotransmitir a sus padres**, aquello que ellos le habían antes donado en contemplación de su futuro matrimonio. Y el padre de dicha hija empleaba aquello que por vía de retrodonación había recuperado en dotar a la siguiente hija, y así sucesivamente.

Esta actitud tan ingenua y pícaro, como perversa, injusta y fraudulenta, generó una contundente respuesta de **Pedro III**, en las **Cortes de Perpignan del año 1351** mediante aquella constitución que los mismos traductores antes citados traducen como sigue:

«I. – PEDRO III en las Cortes de Perpiñán del año 1351. Capítulo 16. Para quitar los fraudes que con frecuencia se cometen sobre las cosas escritas, ordenamos y establecemos que si se diera el caso de que se otorgara alguna escritura por los hijos a favor de sus padres, o por cualquiera otra persona en favor de otro, en mengua, derogación o perjuicio del heredamiento o donación hecha o hacedera por aquellos padres u otros cualesquiera a sus hijos o a otros cualesquiera en ocasión de matrimonio, tal instrumento sea nulo, o caso é irrito ipso iure, y en modo alguno se le dé fe en juicio ni fuera de éste, **prohibiendo a todos los notarios de nuestro territorio reciban tales escrituras.**»

Y ciertamente esta norma jurídica sanadora que perduró (vide art. 13 de la Compilación de 1960) es del tema literal siguiente: **«Son nulas, aunque se hagan en nombre de persona interpuesta: a) Las retrodonaciones hechas por el heredero o donatario a favor de los heredantes o donantes o de sus herederos de los bienes comprendidos en un heredamiento o donación por causa de matrimonios otorgadas en capitulaciones matrimoniales; y b) Los actos del donatario o heredero que consientan los del donante en disminución, derogación o perjuicio de la donación o heredamiento.»**

2 Vide básicamente Novelas 18 y 115 de Justiniano. Vide, en fin, Cuerpo de Derecho Civil Romano. García del Corral. Editorial Lex nova 1898, Tomo VI pág. 95, Constitución XVIII, Cap. I.

3 Ello resulta clarísimamente establecido y definido en la Constitución de Mozón «celando por la conservación de las casas principales» que está transcrita, traducida al castellano supra en la nota 1 de esta misma ponencia.

4 Vide ROCA SASTRE, «La necesidad de diferencias los rústico de lo urbano», en pág. 63 de «Estudios sobre sucesiones», Tomo I. Madrid, 1981 «Antes de proseguir – afirma – es conveniente precisar, a grandes trazos, perfiles o líneas fundamentales, cada uno de ambos tipos de familia, pero con la vista puesta al problema del destino sucesorio del patrimonio.

1) La familia de tipo rural, troncal o estable.-Bajo esta concepción, la familia constituye una entidad **permanente y continuada**, que sobrevive a los cambios de su jefe. Éste, conforme al rigor de la ley imperante, inspirada en el signo de la propiedad privada, **es el propietario** de los bienes, pero en rigor es **un simple administrador o gestor**, con poderes plenos, sí, pero ejercidos a título de órgano directivo de la familia. Los bienes, el patrimonio, más bien se considera como el elemento económico y territorial de la entidad familia, pues ésta, como, tal entidad, está dotada de un elemento patrimonial y de un elemento personal, sobre los cuales se proyecta la jefatura del *pater*.

Concebidos así los bienes, o sea reputándose los mismos como vinculados a la entidad familia, órgano permanente y duradero, la muerte del *pater* es suceso importante, pero que sólo provoca una sustitución en los cargos de director o gestor familiar, y no fundamentalmente una cuestión de transmisión de bienes. La ley dirá que los bienes se transmiten al heredero, pero en el fondo es vivido el fenómeno como un simple cambio de jefatura familiar. Si los bienes están adscritos a la entidad familia, es lógico que la muerte del *pater* no implique en rigor cambio de titular del patrimonio, sino una **simple mutación de gestor o prefecto doméstico**.

Por consiguiente, en este tipo de familia, la sucesión provocada por la muerte de cada jefe, es verdadera *successio*, o sea, que es ajena a este proceso la idea de adquisición o transferencia de bienes.

2) La familia de tipo urbano, no troncal o temporal.-Aquí la noción es diametralmente opuesta. La familia es también una entidad, **pero transitoria**, o sea que sólo dura mientras vive el padre o los padres. En este tipo actúa puramente el régimen de propiedad privada e individual, en plena conformidad con la ley vigente; sobre todo la contenida en los Códigos. El jefe familiar es propietario individual y libre de sus bienes; no es un simple gestor. Estos bienes, juntos con los de la esposa, pueden considerarse como base económica de la familia, pero base provisoria, mientras subsista la sociedad conyugal.

Concebidos, pues, los bienes **como de propiedad individual** y libre del *pater*, la muerte de éste provoca la **liquidación y reparto** de los mismos. Hay transmisión de bienes y adquisición de los mismos por los herederos, distribuyéndose entre ellos; y si hay ganancias, entra en el reparto el cónyuge viudo. En el anterior tipo familiar, por su propia esencia, no hay división o reparto a la muerte del *pater*, puesto que ello implicaría la disolución de la entidad familia, impidiendo la continuidad o permanencia de la misma. En cambio, en este otro tipo familiar hay partición, reparto, distribución del patrimonio relicto.

Por consiguiente, en el tipo de familia urbana o no troncal, la muerte del *pater* provoca, más que una verdadera sucesión, una transmisión y adquisición de bienes a favor de pluralidad de personas. La herencia se concibe desde el punto de vista de lucro económico, puramente. Preside un criterio de liquidación del patrimonio familiar, y no el de continuación del mismo.»

5 ROCA explicó magistralmente y hoy es pacífica esta opinión según la cual la legítima en Cataluña, no es una parte de los bienes de la herencia, sino una parte del valor de los bienes de la herencia. Sustancialmente esta afirmación de que la legítima es una «pars valoris bonorum» (una parte del valor de los bienes de la herencia «pars bonorum») queda clarificada por la antes citada - vida *supra* nota 1 - constitución, al permitir que se pague en dinero. También clarificó y uniformizó el «quantum». Vide básicamente «Estudios sobre sucesiones» de ROCA SASTRE, Ramón M^a. Madrid 1981, págs... 35 y ss (y también RDP 1944, pág. 84 y ss.).

Vide también MARTÍNEZ SANCHIZ, Ángel «*Quo legitima tangitur*. La intangibilidad cualitativa de la legítima». Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, separata librada el día 15 de diciembre de 2014. En este luminosísimo discurso, desarrollando el tema, la legítima esta estudiada y clarificado en profundidad. Vide también ROCA, Encarna «Natura i contingut de la llegítima en el dret civil català».

6 Este encadenamiento es visible y fácil de comprender. Cuando aquel que va a ser heredero, el día de mañana está en trance de contraer matrimonio otorga capitulaciones matrimoniales que constituyen un acto sumamente complejo y vario, otorgado no solo por los dos futuros contrayentes, sino también por el padre del varón (siempre, a veces la madre) y por el padre de la que será la esposa (y a veces también la madre). En aquel instrumento los padres de él otorgan heredamiento simple en favor de dicho contrayente (que es una institución contractual de heredero firme pero que es efectiva al morir dicho padre, el heredante) y con mucha frecuencia el padre de la contrayente hace lo mismo otorgando heredamiento en favor de la hija. Y también a veces – muchas – el heredamiento contiene también donaciones de presente de diversos bienes, y a veces también los padres de ella disponen la entrega de la dote (sea ésta estimada o no estimada). Además en esta escritura de capitulaciones matrimoniales tanto el varón, como su de inmediato futura esposa, otorgan otro heredamiento en favor de uno de sus futuros hijos, que lo identifican (pues aún no existen) con las clásicas prelación (edad, primogenitura, sexo o masculinidad, y nupcialidad, o que sea nacido del matrimonio cuyas capitulaciones están otorgadas).

Se dispone asimismo la constitución de usufructo viudal que es básicamente de regencia hasta la efectividad del heredamiento prelativo en favor de los hijos que resulte así designado. Este hijo así designado (prelaciones) aún viviendo su padre y su madre, se casará de nuevo. Y a la sazón se otorgaran capitulaciones matrimoniales con heredamiento en favor de quien se casa (heredamiento simple), donaciones y dote de la mujer que se casa con él, de tal modo que en estas capitulaciones matrimoniales, los padres de él y los de ella serán otorgantes, junto con los novios, al igual que sus ascendientes otorgarán las capitulaciones anteriores. Otra vez el hijo designado prelativamente otorga capitulaciones matrimoniales con su esposa y con los padres del nuevo matrimonio con los demás negocios mencionados, y por supuesto el heredamiento prelativo para preparar la decisiva siguiente designación del heredero único entre los varios descendientes y así sucesivamente.

Y así, generación tras generación, se consigue la continuidad y el incremento del acervo familiar de la casa *pairal*, normalmente significativo. Vide *supra* nota 1.

7 Aunque el futuro heredero será el «dominus» o señor de la casa, sus hermanos en modo alguno son ajenos y desvinculados de la casa. Al contrario, tienen el derecho a permanecer y vivir en la casa («dret de casa») pero mientras vivan en ella, no pueden exigir la legítima, y por esta razón, mientras están en la casa, no corre el tiempo de prescripción de la acción legitimaria. Y en los tiempos clásicos de plena operatividad del patrimonio *pairal* (cuando la explotación agraria, al revés de ahora, era económicamente remuneradora) estos legitimarios aunque habiendo percibido la legítima ya no vivían en la casa *pairal*, para ellos, aquella casa, era aún «su» casa y acudían a su casa en las festividades señaladas y sobre todo cuando acaecía la fiesta mayor del pueblo de radicación. Hemos conocido que estos legitimarios, a veces, cuando la casa *pairal* por cualquier circunstancia sufría desgracias o penuria económica, acudían en auxilio del heredero y su viuda. Fueron estos legitimarios, lo que saliendo de la casa nutrían las ciudades y proporcionaban, fuera de su antiguo hogar, un auténtico y nuevo patrimonio (esplendor) con su esfuerzo personal. La grandeza y esplendor de las ciudades se debe básicamente a ellos.

Los que acaso no se fueron o ejercitaron su derecho («dret de casa»), de estancia en la casa, eran llamados «concos» o tío «conco» y trabajaban en beneficio de la casa y para la casa.

Claro está que aparecieron también excepciones y la reclamación de la legítima y determinación de su importe y su percepción, aupó la actividad de los Tribunales, pero no excesivamente.

8 Cuando lo que se gana en la ciudad es más importante, mucho más importante que el rendimiento resultado de la explotación familiar agrícola, cuando el esfuerzo familiar agrícola ya dejó de ser rentable lo que quería el hijo de familia era marcharse cuanto antes; y los pueblos se despoblaron, salvo aquellos que se convirtieron en capaces de albergar actividades mercantiles y profesionales propios de la ciudad. En el ocaso del esplendor de la casa *pairal*, el hijo no quería quedarse y aquellos que se quedaban exigían un heredamiento, es decir, tener la seguridad jurídica de que serían herederos, por el evidente sacrificio que sentían hacer al quedarse en el campo, renunciar a la ciudad y vivir en la casa *pairal* conviviendo con los *concos* (hermanos solteros del padre) y las *tietas* solteras y también hermanos y hermanas del propio heredero, más los padres heredantes o la viuda de regencia. A la postre, ni la sustancia jurídica, pudo evitar el final de la casa *pairal*. Y – no lo olvidemos – el Derecho constata, conduce, evacua, potencia, pero no crea. La creación surge de los primeros principios inmutables en el corazón del hombre y de la conciencia social, como ya ratificó el texto de *Iulianus*: D.I, III, 32. También vide nota 19 de mi discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación «*el afluoramiento y la determinación del derecho según el maestro José Castán Tobeñas*», separata 21 de junio de 1999. Madrid. 1999.

9 La casa *pairal* como universalidad productiva, explotada por un sólido grupo familiar, bajo el imperio de los sucesivos herederos con interpolación de las viudas de regencia, ya ha dejado de ser rentable. Hoy no rinde. La explotación familiar agraria y los heredamientos capitulares ya no inundan como antaño los protocolos notariales.

10 El dolo como generante del vicio de la voluntad en sus diversas formas y modalidades, actúa seduciendo a personas plenamente capacitadas que ceden ante el goce que les proporciona el halago y la proclamada admiración farisaica, las proclamaciones interesadas de abnegado amor, los gestos auxiliares de estas actitudes comparativamente menos próximas y afectuosas de los rivales, cuando no la alusión al daño (inexistente o aparentado o falsamente hipertrofiada) que hacen a los sugeridores y/o al causante que puede ser víctima de una captación de voluntad, o de un fraude, induciéndole a impulsar de una decisión que en el fondo no hubiera sido querida de conocerse la verdad, dicho sea todo ello *ad exemplum*. Véase el art. 422-1 del CCC que consigna el engaño («engany») como causa de nulidad, mediante esta expresión genérica y amplísima que alberga estas disfunciones graves de la voluntad del otorgante con gran amplitud. Esta expresión que el citado artículo predica de los testamentos aparece igualmente en el art. 431-9 en relación con los pactos sucesorios. En el pacto sucesorio catalán, aunque tal pacto sea teóricamente **anulable** (vide art. 431-10 CCC) y **también revocable** (arts. 431-13; 431-14; 431-15 CCC) la revocación no puede efectuarse mediante un acto absolutamente libre del heredante y que por sí mismo (guardando la forma) produce efectos plenos automáticos e inmediatos, como ocurre en el testamento, sino que para su eficacia y operatividad requiere el ejercicio de una acción judicial terminada por sentencia firme estimatoria.

No se puede comparar la fácil, libre y automática revocabilidad del testamento (art. 422-8 CCC) tributaria del solo y puro querer del testador que no tiene necesidad de fundamentarla, con la natural perdurabilidad del pacto sucesorio que para su anulación y también para su revocación requiere de una fundamentación según reglas y causas regladas y preestablecidas y del seguimiento de los correspondientes procesos judiciales con obtención de sentencia firme y ejecutoria estimatoria.

Esta libertad de cambiar – por el solo y puro querer del testador - está gravemente afectada por el pacto sucesorio.

Claro que existe el remedio de la declaración de nulidad o revocación, pero éstas, aun admitiéndose obviamente la prueba de indicios, son siempre, por razón de la carga de la prueba, de resultado ciertamente bastante imprevisible y temporalmente oneroso.

11 CASTÁN con aquella elegancia narrativa que capta siempre lo más expresivo de la doctrina, evoca aquel decir de CIMBALI según el cual, en la for-

mación de la riqueza (al trasladarse del difunto a sus sucesores) intervienen **tres factores o coeficientes**: la actividad **individual**, la incidencia o colaboración **de la familia** y la tutela del Estado. Pues bien – continua – cuando por muerte del titular se resuelve el derecho complejo de propiedad, cada elemento debe obtener su parte: el individuo mediante el respeto a su disposición testamentaria, la familia mediante las legítimas y el Estado mediante el impuesto de sucesión. Aunque cuando consignara tal cosa el impuesto de sucesión no era, como ahora, confiscatorio y por ello se tiende a su absoluta y necesaria supresión, lo cierto es que CASTÁN tuvo la previsión de acentuar lo esencial de la disposición testamentaria, cual es el derecho y la libertad de disponer de aquello que se debe a su esfuerzo y a su digno trabajo, a su habilidad, a su sagacidad. Bien suyo es, y como tal, debe de mantenerse por encima de todo su libertad de disposición. Esto comporta que el testador (salvo impuestos y legítimas – o reservas-) ha de tener plena y absoluta libertad de testar, y esta libertad comporta para ser tal que el testador, en tanto no fallezca o pierda sus facultades de decisión pueda cambiar y alterar sus disposiciones cuando libremente lo estime, siendo suprema regla el contenido de su decisión, sin que potestad alguna pueda ni deba presionarle o alterarle. Por esto, la libertad de testar, sin alguna razón poderosa que por excepción lo aconseje, no puede jamás frenarse. Y el testador pueda cambiarla cuantas veces quiera. Solo será legítimo pacto sucesorio vinculante y limitador de la libertad de testar, si existe una razón básica fundamental, seria y poderosa que lo legitime. Si ello no concurre, el testador, solo porque él quiera, puede apreciar una mayor necesidad de un deudo suyo, o una riqueza de otro que permite dirigir los bienes a otro, a lo mejor gravemente necesitado, también puede percibir diferencias de afecto, conductas que suscitan confianza o desordenes que alarman, todo ello bajo el imperio – que no tiene porque justificar – de su libre criterio. Ello es tan elemental que las agresiones a la libertad de testar, si existe un mínimo de sensatez deben tratarse con suma cautela y atención. El testador «secundum natura» siempre es libre de disponer o cambiar. Él es señor **de su libre decisión** sin vinculación que lo impida.

12 Las llamadas cláusulas «ad cautelam» no han estado, en general, bien comprendidas. Véase sino *ad exemplum* la disposición transitoria 2ª del Código civil español y la 3ª de la Compilación catalana de 1960, criterio éste negativo, actualmente mantenido y ya en la compilación de 1960 promulgada, se seguía el repetido criterio negativo.

Por esto en el Decreto legislativo del 19 de julio de 1984, en la disposición transitoria Tercera se dispone que «tendrá efecto la cláusula ad cautelam contenida en testamento abierto otorgado ante Notario, antes de la entrada en vigor de la Ley Estatal 40/1960 de 21 de julio en la cual el testador disponga que solamente quedará revocado por otro posterior si en éste sean utilizadas ciertas palabras o frases que consigna».

Quizá podría entenderse que la utilización de la cláusula *ad cautelam* podía contener una especie de autolimitación de la facultad de revocar, facultad ésta de revocar que es esencial (vide art. 422-8 del CCC y art. 737 del CC español). Y si se examina serenamente lo que expresa el Código civil español en su art. 737 se llega a la conclusión que el legislador entendió que la cláusula *ad cautelam* no ha de ser mantenida como eficaz porque autolimita la revocabilidad del testamento. Por ser esto así, es en el mismo art. 737 (tanto en su párrafo 1º como 2º) se decreta la ineficacia de la cláusulas *ad cautelam*. Repito el art. 373 del CC español dispone la ineficacia de las cláusulas *ad cautelam* para que sea respetada la libertad de revocar. Es cierto pues que la mala prensa que se predica de las cláusulas ad cautelam se deviene de considerarlas como una innecesaria e inconveniente autolimitación por el propio testador de su futura libertad de revocar.

Y aunque es claro que la inspiradora redacción del art. 373 del Cc español fue esta idea, en Cataluña la cláusula *ad cautelam* no es un límite a la libertad de testar o a la modificabilidad del acto de última voluntad, sino que al **contrario blindo, protege, defiende, asegura y ratifica la libertad de testar**.

El heredante vive con su heredero capitular o testamentario y demás personas contidamente en la casa *pairal*.

Un día y otro. Claro que el cariño se robustece y todo se arregla. Pero este mismo heredante, algunas veces «baja» a la ciudad a ver al hijo no heredero. Allí, por la brevedad de la comunicación no hay fricciones, ni roces. Le dejan comer aquello que el heredero, protegiendo el exceso de azúcar del heredante no le deja comer, ni acaso abusar en exceso del «caliqueño». En la ciudad en cambio le obsequian con lo que le gusta, le llevan al cine o al fútbol y le acompañan en taxi a la estación. Que contento está. Y sin que jamás se tambalee el título de heredero, sí que no surge alguno que otro legadillo de tipo remuneratoria para el hijo de la ciudad o remunerando la cortesía delicada y más paciente de la nuera urbana. El tiempo pasa. La casa *pairal* está aislada y mal comunicada con la urbe. Un buen día, a lo mejor en el lecho enfermizo, el heredante se entera que quizá montando en un caballo asciende el Notario, requerido por el hijo heredero. El Notario, por supuesto que ruega al hijo requirente que se ausente de la habitación. Y el hijo se ausenta. Pero el enfermo, de verdad, los profesionales lo sabemos, con razón o sin ella teme que el heredero se entere de los legadillos que ha otorgado (a lo mejor en codicilo) al hijo urbano. Teme que el heredero que con él convive se entere, o se disguste o quiera evaporar los legados. Pues bien, si esto pasa (y pasa a veces) que tranquilo se queda, mediante la protección de la cláusula «*ad cautelam*» que le asegura el más riguroso respeto a no modificar nada. Siempre nos ha parecido que esta paz, esta tranquilidad de enfermo, no es nada malo, sino que es algo bueno. Por esto nos parece que defender la libertad de testar es una actitud positiva. Y al fin y al cabo casi siempre «de facto» ocurre que si comparamos el testamento o el acto capitular protegido y él inutilizado por la cláusula ad cautelam, la diferencia siempre está en lo accesorio, porque lo básico, la institución de heredero siempre permanece intacta. Solo faltaría.

La cláusula cautelar no es una autoagresión a la libertad de testar, sino que es una consciente autoprotección de ella protege lo que el testador quiere, y no lo que quieren (aunque la modificación sea leve) los demás.

13 Vide nota anterior 12 *supra*.

14 Vide *supra* nota 12

15 Este discurso que fue leído por su autor el día 15 de diciembre de 2014, se titula «QUO LEGITIMA TANGITUR».

16 La compilación de 1960 en sus arts. 269 y 272 disponía las siguientes reservas: binupcial y la llamada por algunos reserva troncal del art. 811 del CC español. Aunque ahora ya no existe: si el lector quiere documentarse sólidamente sobre ellas y su significados y función vea en «Estudios de Derecho Privado II» de ROCA SASTRE, Ramón María. Madrid. 1968, págs.. 303 a 336.

El obligado a reservar los bienes, los recibía, pero tenía que conservarlos (reservarlos) para los titulares expectantes si la reserva era operativa. Aunque la afirmación parece burda, la institución que comentamos se asemeja a una sustitución fideicomisaria condicional, típica, pues el obligado a reservar tiene una función y un papel semejante al del fiduciario en el fideicomiso y los destinatarios, vía reserva, en su caso de los bienes, se parecen al fideicomisario. Lo que ocurre es que en el fideicomiso estamos ante una institución creada por un negocio jurídico sucesorio, y en cambio la reserva sería una institución dispuesta y configurada por la ley.

Hoy en el Cc de Cataluña ya no aparece.

17 Efectivamente no están consignados en dicho cuerpo legal.

18 Vid. art. 421.4 del Cc de Cataluña.

19 Según el art. 211-4.1 del Cc de Cataluña la capacidad de ejercicio se establece a partir de los 18 años. Evidentemente es trascendentes el que a los 14 años (vide nota anterior) ya se pueda testar.

20 El error obstativo no es un vicio de la voluntad. Ni una interferencia en la voluntad. El error obstativo es un error de transmisión: lo que se quiere está mal expresado, de tal manera que la materialización literaria del querer es desviada porque la declaración, tal como queda escrita, no coincide con el querer. En estos casos en que aunque parezca mentira no son pocos – surge la duda técnica, de si ha de prevalecer la declaración material que se ha escrito, o ha de prevalecer la verdadera voluntad. Así surgen las dos famosas posiciones, la «Erklarungstheorie» teoría de la prevalencia de la declaración material, o la «Whilesntstheorie» o prevalencia de la verdadera voluntad, del verdadero querer.

La jurisprudencia del T.S. (Vide Ss *ad exemplum* de 23 de mayo de 1935; 27 de Octubre de 1951; 12 de marzo de 1952; 25 de febrero de 1995 del T.S.:

se inclina por entender que es preferente la voluntad real, a lo materialmente escrito. Se argumenta básicamente en el sentido de los arts. 1.265 y 673, 1.271 y 675 del Cc.

Ello sentado, es evidente que lo que importa es el querer, es la auténtica voluntad del testador, lo que significa que es decisivo aquello que libremente quiera el testador, como tributo al dogma de la libertad de testar. El Derecho protege el libre querer del testador.

Por esto también toda restricción, toda cortapisa, toda interferencia en la prevalencia de este libre querer ha de ser de interpretación restrictiva. La intervención o el menoscabo de la libertad de testar no goza de la protección del derecho; al revés, el art. 4.2 del Cc impone previamente la interpretación restrictiva no extensible de las disposiciones especiales.

21 Vide nota anterior y vide *supra* nota 10.

22 Vide en el núm. 74, Octubre de 2003 pág. 1 de la Revista ECONOMIST & JURIST, «Una nueva causa de indignidad sucesoria» PINTÓ RUIZ, José Juan. Así como VALLET DE GOYTISOLO en su «Panorama del Derecho de Sucesiones», Tomo II. Madrid. 1984, pág. 304, donde menciona como causa de indignidad la «enajenación de la herencia o parte de ella en vida del causante sin conocimiento de éste» y cita D. 34,9,2,3.

La previsión excelsa de los juristas romanos, detectada precozmente por VALLET, atentos siempre a la realidad vital, menciona la censura – que acarrea la declaración de indignidad – a la actitud de aquellos que para torcer y faltar a la libertad de testar del causante, ya antes de que éste fallezca, por si acaso, sacan bienes de la herencia sin saberlo el testador, para así hacerlos suyos. Aunque esta causa de indignidad no ha conseguido una clara consagración ni jurisprudencial ni positiva del derecho moderno, sí que muestra el alto grado de respeto institucional al principio de libertad de testar. Si forzoso es censurar el torcer la voluntad del testador, aún es más censurable la perversa sagacidad del que ya en vida de aquél se hace con bienes que de no ser así sacados del patrimonio del causante formarían parte de la herencia.

Esto es otra lección de los juristas romanos lamentablemente perdida.

23 Véase enunciado del art. 111.6 del Cc de Cataluña.

24 El *ius disponendi*, el derecho a disponer por un sujeto de aquello que es suyo, tanto en vida como para después de su muerte, es tan imperativo que se debe alzar y ser reconocido como un decisivo principio general del Derecho, que exige siempre una razón sustantiva, profunda y evidente para ser cerceado.

25 Vide «supra» nota 1.

26 Claro que esta nota no puede convertirse en un capítulo de la filosofía del Derecho, que exprese la enorme trascendencia y dimensión de la citada escuela histórica. Pero sí que vale la pena – aun superficial y externamente – de considerar el mismo hecho de gravitar sus principios en nuestro Derecho. Aquella alusión del art. 3 del Cc Español a la realidad social, evidencia que la norma es efecto de la actividad humana, es decir del querer de los hombres, de un lugar y un tiempo determinados. Y cuando queremos tener muy en cuenta esta consciencia social nos preguntamos dónde está la voz del pueblo que exprese su querer. Aparte de que como dijera JULIANO, el pueblo habla con hechos (costumbres) y con el sufragio (vide Juliano D. I, III, 32), los hombres a lo largo de la historia no dejaron de preguntarse quiénes podían captar, quiénes oían la voz del pueblo. La respuesta fue que quienes la captaban eran los juristas, pero la escuela catalana sostuvo (DURÁN Y BAS) que singularmente captaban este sentir los juristas prácticos: Notarios, Jueces y abogados. Y en la materia de la sucesión contractual rústica (capítulos matrimoniales y heredamientos) estos juristas prácticos fueron efectivamente los Notarios, pues oyendo el querer de los hombres de las casas principales para nutrir el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales oyeron una y otra vez la voz del pueblo, y así plasmaron una regulación convencional que después pasó a la Compilación de 1960 Véase sino aquel librito recientemente reeditado de FAUS CONDOMINES «Els capítols matrimoniales a la comarca de Guissona», marca próxima a Cervera. Vide sic. nota 1 *supra*.

Esto que es así de claro y sencillo es expresión funcional de lo que patrocina la escuela histórica. Claro que hay que añadir que en su realismo, capta este sentir de un lugar y de un tiempo determinado. Aun en el mismo lugar no es el mismo sentir una época que el de otra época.

Expresamos finalmente, aunque solo sea *ad colorandum* que mientras SAVIGNY hacía referencia, (citaba como reveladora del Derecho), a la conciencia social, de «cum» «sciencia», identificándolo como sabiduría social, PUCHTA que era jurista pero también filósofo, discípulo de HEGEL y FICHTE, veía en la producción del Derecho algo que transcendía más allá de la ciencia. No era sólo la sabiduría, el conocimiento, el Ser consciente de algo, si no que era también a la vez corazón, mente y corazón, como expresión de humanidad es decir, el espíritu del pueblo (*Volkgeist*) que es la idea o perfeccionamiento que se debe, repito, a PUCHTA que tanto adoraba a SAVIGNY.

27 Claro que existen lamentables desviaciones, pero dentro de los abundantes límites de la normalidad, lo que una sociedad valiente, no sometida, ni visiblemente enloquecida, de manera fácil y sencilla, práctica, guarda y consiente como bueno aquello, este «aquello», suele ser bueno. Por lo menos constituye una evidente presunción de corrección. Y es que el Derecho natural existe.

28 Con su habitual precisión, claridad y contundencia propias del profundo saber del maestro ROCA SASTRE en su célebre DERECHO HIPOTECA-RIO. (Séptima edición. Tomo III. Barcelona 1979, pág. 883), dice nada menos que: «En una palabra **el matrimonio debe entenderse como un elemento legitimador** que de un modo directo o indirecto **HACE VÁLIDO EL HEREDAMIENTO**».

Uno no puede dejar de sentir una viva nostalgia por aquel sentir y respetar serio, contundente y claro de la institución del matrimonio, bien distinto y diferenciado de uniones ocasionales, vacilantes, mutantes con funciones difusas y sobre todo transitorias en la práctica, nada permanentes ni perdurables e imprecisas. La solidez, la garantía, la seriedad, la alta función del matrimonio, su seriedad fueron la piedra angular, la justificación, la legitimación, la solidez de aquellos pactos sucesorios rurales (Heredamientos). Hoy sin esta claridad, contundencia, sin este fundamento, dar solidez a un pacto sucesorio de pretendido carácter familiar, está tan lejos de la solidez, como lejos de ella está hoy la llamada unión de «pareja». Y pretender, en fin, que aquel inalterable principio secular de la libertad de testar («ambulatoria est voluntas defuncti»- D. 17, 2, 52, 9) quede derribado por algo tan poco sólido por un pacto destructor, impreciso, parece mucho pedir.

Y aunque el tono de esta nota pueda parecer exagerado – y por ende impropio – lo que sí es cierto es que nadie puede sin fundamento serio, privar a un ser humano ni de decidir, ni de cambiar el sentido de su sucesión sin grave fundamento legitimador. Hay que encontrarlo, pero sin él, no se puede privar de la libertad de testar.

Y no dudar de la competencia y buena fe del legislador. Pero todos, absolutamente todos, somos humanos.

29 El viejo principio citado «ambulatoria est voluntas defuncti (D. 17, 2, 52, 9)» es algo tan íntimamente necesario que clama al cielo prescindir de aquél banalmente.

El ser humano, que es de naturaleza gregaria, se siente solo y aprecia con error o sin él, que una persona o varias personas son amables con él, le quieren, le asisten, le cuidan, son solidarios con sus afanes, se encuentra bien con ellos, bien acompañado. Pero, puede advertir – o creer con fundamento o sin él – que ya no le quieren, que otros en cambio sí le quieren y le asisten, o puede acaecer (y a veces acaece) que le echen, o lo tema y sean otros los que le quieren (le acojan). ¿Creéis que es humano, que a este hombre se le prive de cambiar el sentido de sus disposiciones de última voluntad?. ¿No escandaliza que no pueda hacer tal cosa? Pues esta disfunción tiene un nombre: privar al ser humano de su **libertad de testar**.

Claro que la necesidad de mantener la continuidad rural y agrícola de la casa *pairal*, hace, por esa grave necesidad cercenar ese principio, pero admitir en general sin fundamento que a un hombre se le prive de la libertad de testar, tal cosa chirría y perturba. El daño que puede ocasionarse es demasiado grave y sobre todo demasiado impío, para permitirlo y menos legislarlo como posible **sin motivo justificante**.

No nos referimos ni a nadie ni a órgano alguno. Pero esto es así, sencillamente porque lo es.

30 Vide nota 1 *supra*. Para percibir la trascendencia e importancia de la regulación es necesaria la atenta lectura del monumental estudio de EGEEA FER-

NÁNDEZ «El nuevo régimen jurídico de la sucesión contractual», (traducción nuestra del título) en RJC núm. 1-2009 págs. 9 a 50.

31 1. En lo urbano los agentes viajan continuamente por exigencias de su actividad. La solemne comida del mediodía con aquellas confianzas de pareceres, comentarios de lo acaecido que hacía común el quehacer y sentir individual hoy es poco menos que un cuento de hadas. El orden cotidiano de los tres platos está sustituido por la dispersión del bocadillo, hoy llamado «bocata», a lo mejor solo un café. Se entra en la «casa» (el piso) haciendo orgullosa ostentación de la prisa que apremia y hasta honra salir disparado. Hay que acudir al desayuno o a la comida «de trabajo» o a la cena del magnate influyente o dispensador con el que conviene estar bien. Los niños comen en el colegio las delicadezas del «catering» y encima cuando llegan a casa están ocupados con inoportunos «deberes». Nada que sea expresión de una vida ejemplar y sobre todo «familiar».

2. Para contemplar, muy esquemáticamente la empresa familiar vide «Empresa familiar: Estructura jurídica, organización y ventajas» por ESCURA SERÉS, ESCURA SANCHO, MORAL ESTEBAN. Edita Hispajurídica. Madrid. 2013.

32 Podría decirse que lo más sobresaliente que se dispone es la grave privación de la libertad de testar. Proyecto de un quehacer, de una organización precisa y determinada que justifique esta privación, no la hay. Ni puede haberla, está por crear. Lo legislado es como una ley marco que hará posible esta esperada configuración. Pero esta creación no está, pero sí que está, sin aquella, la privación de la libertad de testar.

33 Nos reforma la libertad de testar. Vide *supra* nota 29.

Tanto la nulidad como la revocación requieren un proceso judicial contencioso y la sola voluntad del heredante no basta (Vide art. 431.10 y 431.15 CCC).

34 Se precisa una causa grave justificante. Vide *supra* también nota 29.

35 Es posible positivamente con una interpretación literalista. Pero ha de ser posible, salvar este grave contrasentido, mediante una interpretación integrativa.

El buen exegeta y el Juez justo han de salvar ésta (vide Código civil catalán). Han de salvar la gran omisión.

36 Vide *supra* nota 29.

37 Si un padre, aún plenamente capaz, pero ya viejecillo ciegamente confiando en su hijo, tiene la idea de instituirle heredero suyo universal y sabe, como es natural, que el testamento normal es el testamento abierto ante notario y su hijo le acompaña a la Notaria, ¿a lo mejor puede decirle algo así como «Papa te sabe mal que yo figure, que estoy presente y estoy conforme contigo y quiero que me nombres heredero? Y es que estoy tan contento papa». Pues bien, de la más cuidada lectura de la escritura, aunque el Notario incluso (sin estar obligado a ello) diga que esto es un pacto sucesorio vinculante o algo por el estilo, es perfectamente posible que el padre no se dé cuenta de que está renunciando a su libertad de testar, contando siempre con el mayor celo y el más exacto cumplimiento de su función como gracias a Dios hacen todos los Notarios que tienen así bien ganado prestigio e intachable moralidad.

38 1. El texto castellano es el que aparece en el B.O.E. núm. 190 de 7 de agosto de 2008, (pág. 33769)

2. El texto en catalán del precepto (art. 431-6) es el que figura en el Código civil de Cataluña y que a continuación se transcribe:

«*Càrregues i finalitat del pacte successori*

1. *En pacte successori, es poden imposar càrregues als afavorits, que hi han de figurar expressament. Si escau, també s'hi ha de fer constar, si té caràcter determinant, la finalitat que es pretén assolir amb l'atorgament del pacte i les obligacions que les parts assumeixen a aquest efecte.*

2. *Les càrregues poden consistir, entre d'altres, en la cura i atenció d'algun dels atorgants o de tercers, i la finalitat, també entre d'altres, en el manteniment i la continuïtat d'una empresa familiar o en la transmissió indivisa d'un establiment professional.»*

3. La versión castellana utiliza, con mayor perfección en su páfo. primero, la expresión «Si procede», que es mucho más precisa que la de «si escau» que no nos parece muy propia de un precepto normativo, pues mal puede generar certeza, y con ello seguridad jurídica y justicia, si con la expresión «si escau» se pueden decir tantas cosas, tan dispares y diferentes y contradictorias como las que expresa el *Institut d'Estudis Catalans* y que transcribimos:

«*escaure [quant a la flexió, com caure]*

1 v. intr. [LC] *Allò que hom fa, anar bé, convenir, amb la seva manera d'ésser, la seva posició social, la seva edat, etc. A vós, no us escau de fer aquestes coses. Tan gran, ja no li escau de fer bogeries.*

2 1 intr. [LC] *Un vestit, un adorn, un color, etc., ésser adequat a algú o per a alguna cosa, contribuir a la seva bellesa. La jaqueta verda li escau molt. El groc no li escau. Aquests mobles no hi escauen gens.*

2 2 [LC] *escaure malament No escaure.*

2 3 [AD] *no escau No s'accepta perquè no és procedent.*

2 4 [AD] *si escau Si és procedent, en el cas que sigui procedent.*

3 1 intr. pron. [LC] *Algú, trobar-se eventualment en un indret. Llavors jo m'esqueia ésser a Olot.*

3 2 intr. pron. [LC] *Una cosa, esdevenir-se en tal o tal ocasió, data, etc. Aquell any carnaval s'esqueia a mitjan febrer.*

3 3 [AD] *si s'escau Si es produeix, s'esdevé, una cosa.»*

[<http://dlc.iec.cat/acceptio.asp?Word=0019320&Id=0019320&txtEntrada=escaure&OperEntrada=0&txtSubentrada=&OperSubentrada=0&CatGram=&OperCatGram=0&LlenguaOrg=&txtDefinico=&OperDefinico=0&txtExemple=&OperExemple=0&sAreaTemText=&OperAreaTematica=0&MarcaValorativa=&txtInfMorf=&OperInfMorf=0&OperAllMorf=0&re=¶m=0019320/escaure/0/0/0/0/0/0/0/0/print&print=yes>].

4. La verdad es que ora se tome en consideración literalista la versión catalana, ora su traducción en castellano, de ningún modo aparece con claridad el principio de que para que se produzca el efecto de privar de la libertad de testar, sea imprescindible, sea necesaria la existencia de un motivo, una justificación grave, trascendente, importante, útil. Nada de esto se proclama. A lo sumo lo que se dice es que si acaso existiera debe hacerse constar así. Pero no se dice que es imprescindible que exista. La expresión castellana «si procede» con el significativo «si» que precede quiere decir que para el caso de que proceda ha de constar, pero no dice que sea necesario, que deba proceder. La expresión «si escau» quiere decir diversas cosas, es una expresión anfibiológica, pero de ningún modo expresa que «deba existir necesariamente».

39 El significativo «si», en sí mismo, enuncia la «condicionalidad» y con ello la consiguiente eventualidad. De ningún modo la exigencia de un requisito ineludible.

40 Tanto más ocurre lo mismo que se expresa en la nota anterior, con la expresión catalana «si escau» que tantas cosas distintas como posibles quiere decir.

41 Cuando decimos «bilateralidad» no nos referimos a una relación sinalagmática, de reciprocidad, tipo «do ut des». Lo que queremos decir es que si se atribuye un derecho a alguien, este derecho grava, pesa, presiona, importa a otro. El derecho consiguiente no nace de la nada, ni existe «per se» sino que afecta a otro. Aquí, a parte que la referencia que exige, hace referencia a «obligaciones» no descarta, antes al contrario, que éstas puedan ser recíprocas, como no descarta tampoco que también existan deberes modales, lo cierto es que se califique como se califique, al heredante, el pacto sucesorio le cuesta nada más ni nada menos que algo tan grave y trascendentemente nocivo para él, e importante, como es la pérdida de la libertad de testar.

42 Vide nota anterior.

43 Vide arts. 431-10; 431-11; 431-12; 431-13, 431-14; 431-16 y 431-17 Ccc. Hacerlo ineficaz no es precisamente fácil.

44 A lo largo de esta modesta ponencia se ha puesto sobradamente de manifiesto la tragedia de que el heredante que se da cuenta de que otros le quieren de verdad, otros merecerían aquello que erradamente dispuso para otros, no pueda rectificarla.

45 Cuando tantas y tantas sociedades mercantiles se constituyen con finalidades de control, o con fines indirectos de organización de poder, imaginar las

trascendentes perturbaciones es bien fácil.

46 Vide *supra* nota 41.

47 En nuestro ejercicio profesional lo hemos vivido.

48 El pacto sucesorio no es igual que un testamento inmutable. Es mucho más grave. Vide nota siguiente.

49 Es que el pacto sucesorio tiene una apariencia de inocencia que no corresponde a la realidad. El testador de verdad, el que solo es testador, pese a haber instituido heredero, piensa hasta que muera, hacer con lo suyo aquello que le dé la gana. El pacto sucesorio es mentira que sea lo mismo solo que no puede cambiar de heredero. En el pacto sucesorio ya aparece la nota marginal registral que publica que se ha otorgado tal pacto. Quien lo examina, evidentemente se entera de ello y piensa que es algo significativo. Pues significa nada menos que el día de mañana, el heredero instituido por pacto, podrá impugnar los actos de disposición que haya efectuado en vida el heredante.

Si se leyerá – y meditará debidamente – el número 4 del art. 431-25 del Ccc, pocos pactos sucesorios se otorgarían por heredantes inteligentes.

50 Vide las dos notas precedentes

51 Vide las tres notas precedentes.

«Escala» es una forma verbal derivada de un verbo «ESCAURE». Veamos lo que quiere decir:

«Escalaure [quant a la flexió, com caure]

1 v. intr. [LC] Allò que hom fa, anar bé, convenir, amb la seva manera d'ésser, la seva posició social, la seva edat, etc. A vós, no us escau de fer aquestes coses. Tan gran, ja no li escau de fer bogeries.

2 1 intr. [LC] Un vestit, un adorn, un color, etc., ésser adequat a algú o per a alguna cosa, contribuir a la seva bellesa. La jaqueta verda li escau molt. El groc no li escau. Aquests mobles no hi escauen gens.

2 2 [LC] escaure malament No escaure.

2 3 [AD] no escau No s'accepta perquè no és procedent.

2 4 [AD] si escau Si és procedent, en el cas que sigui procedent.

3 1 intr. pron. [LC] Algú, trobar-se eventualment en un indret. Llavors jo m'esqueia ésser a Olot.

3 2 intr. pron. [LC] Una cosa, esdevenir-se en tal o tal ocasió, data, etc. Aquell any carnaval s'esqueia a mitjan febrer.

3 3 [AD] si s'escau Si es produeix, s'esdevé, una cosa.»

52 Vide art. 111-2 Ccc y 3 del Cc.

SUSCRÍBASE

Economist & Jurist

**Trae a un amigo a Economist & Jurist y consigue un 20% de descuento en la factura de tu suscripción.*



BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN ANUAL PARA NUEVA SUSCRIPCIÓN

Economist & Jurist <TODO EN UNO>, que incluye

- ■ ■ revista mensual en papel + formato digital
- ■ ■ base de datos + 8.000 casos prácticos reales extraídos de despachos
- ■ ■ Por tan sólo 470 €/año + IVA (gastos de distribución incluidos)

Teléfono: 914 261 784
Fax: 915 784 570
Vía email: cartera@difusionjuridica.es

Por favor, cumplimente los campos o llame al teléfono de atención al cliente 902 438 834

Razón Social _____	NIF _____
Apellidos _____	Nombre _____
Nombre y Apellidos del amigo suscrito a <i>Economist & Jurist</i> _____	
Calle / Plaza _____	Número _____ C.P. _____ Población _____
Provincia _____	Teléfono _____ Móvil _____
e-mail _____	Fax _____
Nº de cuenta _____	_____
Entidad _____	Oficina _____ Control _____ nº de cuenta _____
Firma _____	

En cumplimiento con lo dispuesto en la Ley 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, le informamos de que los datos facilitados formarán parte de los ficheros titularidad de Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., inscritos en el registro General de Protección de Datos, cuyos fines son la gestión de nuestra relación comercial y administrativa, así como el envío, a través de cualquier medio, de información acerca de los productos de la compañía que creamos puedan ser de su interés. Así mismo, y para el exclusivo cumplimiento de las mismas finalidades, informamos que con los datos facilitados, nos presta su autorización para su comunicación a la empresa del mismo grupo conocida como Instituto Superior de Derecho y Economía. Usted puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición respecto a sus datos personales dirigiendo una comunicación por escrito a Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A. C/ Recoletos 6, 28015 Madrid, o a la siguiente dirección de correo electrónico: datos@difusionjuridica.es.

* I.V.A. no incluido.

No deseo recibir comunicaciones a través del e-mail

EL REGLAMENTO 650/2012 Y EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO



Ferrán González Martínez. Abogado. Ferrán Abogados & Asociados
Eduardo Guitart Calpe Ferran. Abogado. Ferrán Abogados & Asociados

SUMARIO

1. El Reglamento 650/2012: rasgos generales
2. El Certificado Sucesorio Europeo
 - 2.1) Aspectos jurídicos
 - 2.2) Formularios de desarrollo. El Reglamento de Ejecución 1329/2014

Cuando un ciudadano europeo fallece fuera del país cuya nacionalidad ostenta, a menudo se ha planteado el problema de saber qué ley es aplicable a su sucesión. Dicho problema se puede agravar incluso si, además, el causante posee bienes en territorios de diferentes estados miembros de la Unión.

El próximo 17 de agosto de 2015, tras una larga vacatio legis, entrará en vigor con plena eficacia jurídica el Reglamento n° 650/2012 que, en el lejano julio de 2012, aprobaron Parlamento Europeo y Consejo con ánimo de facilitar la planificación y simplificar las sucesiones transfronterizas entre los estados miembros de la Unión.

EL REGLAMENTO 650/2012: RASGOS GENERALES

Cuando un ciudadano europeo fallece fuera del país cuya nacionalidad ostenta, a menudo se ha planteado el problema de saber qué ley es aplicable a su sucesión. Dicho problema se puede agravar incluso si, además, el causante posee bienes en territorios de diferentes estados miembros de la Unión.

El próximo 17 de agosto de 2015, tras una larga vacatio legis, entrará en vigor con plena eficacia jurídica el Reglamento n° 650/2012 que, en el lejano julio de 2012, aprobaron Parlamento Europeo y Consejo con ánimo de facilitar la planificación y simplificar las sucesiones transfronterizas entre los estados miembros de la Unión.

El Reglamento tiene como objetivo principal unificar la legis-

lación europea de sucesiones en cuanto a competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones sucesorias en el ámbito de la UE., y para su elaboración se han tenido en cuenta los diferentes ordenamientos civiles existentes en los Estados miembros. Los aspectos más importantes a tener en cuenta del nuevo Reglamento son los siguientes:

Por lo que refiere a su ámbito de aplicación territorial, **el Reglamento**

se aplicará a todas las sucesiones que tengan carácter internacional, con independencia de que el causante sea nacional o no de un estado miembro, siempre que se produzcan dentro del territorio de la Unión Europea. No obstante, no será de aplicación en Dinamarca, Irlanda y Reino Unido, aunque sí afectará a nacionales de estos estados que residan de forma habitual en otros estados miembros de la UE.

En cuanto a su ámbito de aplicación material, el Reglamento se aplica a todo lo relacionado con las sucesiones mortis causa, es decir, el testamento, simple o mancomunado y el pacto sucesorio. Se excluyen de forma expresa de su aplicación las siguientes materias, las cuales seguirán regulándose por las legislaciones nacionales: cuestiones fiscales y administrativas, cuestiones civiles relativas al estado civil, la capacidad jurídica, los regímenes económicos de los matrimonios, las donaciones, el derecho de sociedades, los derechos reales y la inscripción registral de los derechos sobre bienes muebles o inmuebles.

Como regla general en materia de competencia jurisdiccional, **serán competentes para conocer las cuestiones sobre la sucesión de una persona los Tribunales del estado miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento.** No obstante, pueden ser competentes los Tribunales del estado de nacionalidad del causante, en lugar de su



LEGISLACIÓN

www.ksp.es

- Reglamento de Ejecución (UE) nº 1329/2014 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2014, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Arts.;10, 21.1, 22, 63.1, 65.2,67.1
- Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo. (Legislación General. Marginal: 143)

residencia habitual, cuando lo haya determinado el causante de forma expresa en disposición mortis causa. **En las sucesiones sin testamento o abintestato, regirá siempre la norma general de la residencia del causante.** Subsidiariamente, también podrán ser competentes los Tribunales del estado miembro en que se encuentren los bienes de la herencia, en los supuestos del art. 10 del Reglamento.

La ley aplicable, que regirá la totalidad de la sucesión, cualquiera que sea la naturaleza de los

bienes y el país donde se encuentren, será con carácter general la del estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento, aun cuando no sea la de un estado miembro, y regirá normalmente tanto los actos sucesorios extrajudiciales como los judiciales cuando estos fueran necesarios. Solamente no será aplicable el Reglamento para el caso que el mismo sea contrario a un tratado internacional vigente entre un estado miembro y un estado no miembro.

“La solicitud y el uso de este certificado no son obligatorios, sino que quedarán a la libre discrecionalidad de la persona que tenga derecho a solicitarlo”

“El certificado tiene valor probatorio per se, sin necesidad de ningún procedimiento complementario en el Estado donde ha de surtir efecto”

JURISPRUDENCIA

www.ksp.es

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 30 de noviembre de 2011, núm. 331/2011, N° Rec. 301/2011, (Marginal: 69344100)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 1 de diciembre de 2005, núm. 415/2005, N° Rec. 419/2005, (Marginal: 69344108)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 28 de septiembre de 2004, núm. 493/2004, N° Rec. 370/2004, (Marginal: 69344105)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 10 de noviembre de 2004, núm. 634/2004, N° Rec. 111/2004, (Marginal: 69344104)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de septiembre de 2002, núm. 849/2002, N° Rec. 976/1997, (Marginal: 69344098)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de mayo de 1999, núm. 436/1999, N° Rec. 3086/1995, (Marginal: 69344099)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de noviembre de 1996, núm. 887/1996, N° Rec. 3524/1992, (Marginal: 2414214)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de fecha 28 de junio de 2004, núm. 561/2004, N° Rec. 297/2004, (Marginal: 69344107)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 27 de febrero de 2004, núm. 133/2004, N° Rec. 674/2002, (Marginal: 69344101)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 10 de marzo de 2003, núm. 124/2003, N° Rec. 429/2002, (Marginal: 2324774)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 13 de marzo de 2002, núm. 117/2002, N° Rec. 149/2001, (Marginal: 69344106)

Respecto al reconocimiento y ejecución, **el reglamento establece como norma general que todas las resoluciones dictadas por un estado miembro serán reconocidas en otro estado miembro con la misma fuerza ejecutiva que tendrían en el estado que dictó la resolución**, a no ser que por ejemplo sean contrarias al orden público del estado requerido o se hubieran dictado en rebeldía del demandado. Asimismo, los documentos públicos expedidos en un estado miembro tendrán el mismo valor probatorio que en el estado de origen y la misma fuerza ejecutiva.

EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO

Aspectos jurídicos

Por último, pero no por ello menos importante, el Reglamento crea el **Certificado Sucesorio Europeo**, lo que será, en palabras del Notario Isidoro Antonio Calvo Vidal: “*el nuevo pasaporte para los herederos en Europa*”, y que puede definirse como el **documento oficial que acredita la cualidad de heredero, legatario, executor testamentario o administrador de la herencia y que puede ser utilizado por dichos sujetos para invocar, en otro Estado miembro, su cualidad de tales o ejercer sus derechos como tales** (Art. 63.1 Reglamento Europeo de Sucesiones).

El Certificado se expedirá por un Estado miembro para que surta efecto en cualquier otro, y consiste en un documento público que acredita los derechos sucesorios que tiene un ciudadano comunitario una vez determinada la Ley que le es aplicable al causante fallecido.

Podrá utilizarse, como prueba de uno o varios de los siguientes ele-

mentos (*art. 63.2 RES*), aunque al no prohibirlo el Reglamento, no se descartan otros usos:

a) **La cualidad y/o los derechos de cada heredero** o, en su caso, de cada legatario mencionado en el certificado y sus respectivas cuotas hereditarias.

b) **La atribución de uno o varios bienes concretos que formen parte de la herencia al heredero o herederos** o, en su caso, al legatario o a los legatarios mencionados en el certificado.

c) **Las facultades de la persona mencionada en el certificado para ejecutar el testamento o administrar la herencia.**

Es un documento que tiene valor probatorio *per se*, sin necesidad de ningún procedimiento complementario en el Estado donde ha de surtir efecto. Entre estos efectos

“El Certificado Sucesorio Europeo es un documento oficial que acredita la cualidad de heredero, legatario, executor testamentario o administrador de la herencia y que puede ser utilizado por dichos sujetos para invocar, en otro Estado miembro, su cualidad de tales o ejercer sus derechos como tales”

se encuentra el de ser título válido para la inscripción de la adquisición hereditaria en el registro competente de un estado miembro de la UE, por ejemplo Registro de la Propiedad, sin perjuicio de que el certificado deba reunir los requisitos necesarios para proceder a dicha inscripción en el estado donde el registro se encuentre.

El certificado, solamente podrá expedirlo en cada estado miembro la autoridad judicial o aquellos funcionarios que tengan atribuidas por sí mismos o por delegación de la autoridad judicial, funciones jurisdiccionales en materia sucesoria (*art. 64 RES*). En nuestro caso, esta materia, que todavía está en fase embrionaria, debería regularse bien por



la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil o bien por la Ley de Jurisdicción Voluntaria, aunque de momento no se hace referencia a la materia en los respectivos proyectos de Ley.

Casi con toda seguridad serán Notarios y Tribunales los órganos competentes para expedir el Certificado, cambiando la posibilidad que se otorguen algunas facultades a las Gerencias Territoriales dependientes del Ministerio de Justicia a la hora de presentar la solicitud, como ya se hace actualmente con el Certificado de Actos de Última Voluntad y el de Seguros de Vida.

El Certificado Sucesorio Europeo, no sustituirá a los documentos internos empleados en los estados miembros para fines similares. Visto que el Reglamento 650/2012 se aplica exclusivamente a las sucesiones internacionales, **el certificado solo puede expedirse en relación con casos “internacionales” de sucesión mortis causa** y no en relación con casos meramente “nacionales” de sucesión mortis causa, supuestos en los que se utilizarán los certificados sucesorios puramente na-

cionales. De todos modos, es posible que el certificado pueda ser expedido en una sucesión mortis causa nacional y que tal sucesión se convierta posteriormente en una sucesión mortis causa internacional, por ejemplo, porque se piensa que puede descubrirse en el futuro un bien hereditario situado en el extranjero.

Por lo que refiere al documento físico, la autoridad emisora conservará el original y entregará una copia al interesado, conservando aquella una lista de las personas a las que ha entregado copias. Como regla general, estas copias tendrán una validez de seis meses desde su emisión.

La solicitud y el uso de este certificado no son obligatorios, sino que quedarán a la libre discrecionalidad de la persona que tenga derecho a solicitarlo.

Formularios de desarrollo:
El Reglamento de Ejecución
1329/2014

El Diario Oficial de la Unión Europea publicó, a finales del pasado 2014,

el Reglamento de ejecución 1329/2014, de 9 de diciembre, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento nº 650/2012.

El Reglamento contiene los formularios relativos al reconocimiento de resoluciones, documentos públicos en materia de sucesiones, transacciones judiciales, solicitud de certificado sucesorio europeo y expedición del certificado. Vamos a analizar brevemente los relativos Certificado Sucesorio Europeo: el relativo a su solicitud (*art. 65.2 RES*) y el relativo a su expedición (*art. 67.1 RES*). Los formularios se encuentran disponibles en el siguiente enlace: www.boe.es/doue/2014/359/L00030-00084.pdf.

Se combinan el formulario de solicitud del Certificado Sucesorio Europeo que realiza el interesado, con el certificado que se expide por la autoridad competente (Notario, Juez...), el cual recogerá además el anterior. Ambos formularios, junto con sus posibles anexos, comprenden un total de treinta y cinco hojas.

Se aportará la solicitud correc-

BIBLIOGRAFÍA

www.ksp.es

BIBLIOTECA

- JIMENO BULNES, MAR. *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*. Barcelona. JM Bosch Editor. 2007
- MOLINA PORCEL, MARTA. *Derecho de Sucesiones*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica. 2006

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- ORTEGA GIMÉNEZ, ALFONSO. *Reforma Procesal: Justicia universal y novedades en Derecho Internacional Privado*. Economist&Jurist Nº 136. Diciembre-enero 2010. (www.economistjurist.es)
- JUÁREZ ALQUÉZAR, DAVID. *División de la herencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Economist&Jurist Nº 106. Diciembre-enero 2007. (www.economistjurist.es)

tamente cumplimentada, al Notario o funcionario competente, y posteriormente se emitirá el correspondiente dictamen técnico, cuyo fruto será el certificado sucesorio.

En el formulario relativo a la solicitud del certificado deberán cumplimentarse los siguientes apartados:

1) Estado miembro de la autoridad destinataria de la solicitud.

2) Autoridad a la que se presenta la solicitud.

3) Datos del solicitante (persona física).

4) Finalidad del certificado. El heredero, legatario... deberá justificar por qué se solicita.

5) Datos del causante.

6) Información adicional. Como por ejemplo en qué se fundamenta su derecho sobre los bienes, si ha otorgado el causante disposición mortis causa, si ya se ha aceptado la herencia...

7) Documentos adjuntos al formulario de solicitud. Por ejemplo certificado de defunción, últimas voluntades, testamento, resolución judicial, aceptación de herencia...

Existen además cinco anexos que deberán cumplimentarse o no

según los casos: el primero es sobre el Tribunal u autoridad que sustancie la sucesión, el segundo será necesario solamente si el solicitante es persona jurídica, el tercero para el caso que se actúe mediante representación, el cuarto para el caso que exista excónyuge o expareja del causante y el quinto relativo a información de posibles beneficiarios.

Por lo que refiere al formulario relativo a la emisión del certificado, que deberá cumplimentar en su caso el Notario o funcionario competente, deberán indicarse las siguientes cuestiones:

1) Estado miembro de la autoridad emisora.

2) Autoridad emisora del Certificado Sucesorio Europeo.

3) Información relativa al expediente sucesorio.

4) Competencia de la autoridad expedidora.

5) Identificación del solicitante (persona física).

6) Identificación del causante. Circunstancias personales y datos del fallecimiento.

7) Naturaleza de la sucesión: testada / intestada.

8) Ley aplicable a la sucesión. Es posiblemente la cuestión más importante ya que se deberá determinar minuciosamente la misma. Se pide en el formulario incluyendo las tres opciones legales sobre ley aplicable, que se determine si se aplica la resultante de la residencia habitual en el momento de fallecimiento (*art 21 apartado 1 del Reglamento 650/2012*), la de la *profesio iuris*, designación por el causante de la Ley de su nacionalidad (*art. 22 del Reglamento*), o incluso la de la vinculación más estrecha con otro Estado diferente al de su residencia habitual (*art. 21 apartado 2 del Reglamento*), debiéndose en este caso determinar el tipo de vinculación.

En este formulario existen seis anexos a cumplimentar: el primero y el segundo solo si el solicitante es persona jurídica o si se actúa mediante representación y el tercero sobre información del régimen económico matrimonial o equivalente del causante. Los más importantes son los tres últimos, relativos a la cualidad y derechos de heredero y legatario, y sobre las facultades para ejecutar el testamento o administrar la herencia.

Puede acceder al formulario de Solicitud de certificado sucesorio europeo, así como al resto de Certificados correspondientes en el Diario Oficial de la Unión Europea del 16/12/2014 (<http://www.boe.es/doue/2014/359/L00030-00084.pdf>) ■

CONCLUSIONES

- El certificado Sucesorio Europeo no sustituirá a los documentos internos empleados en los estados miembros para fines similares. Visto que el reglamento 650/2012 se aplica exclusivamente a las sucesiones internacionales, el certificado solo puede expedirse en relación con casos "internacionales" de sucesión mortis causa y no en relación con casos meramente "nacionales" de sucesión mortis causa, supuestos en los que se utilizarán los certificados sucesorios puramente nacionales

LAS COMISIONES POR VENTAS EN LA RELACIÓN LABORAL COMÚN



José M^a Lamarca Capa. Socio del Departamento Laboral de Marimón Abogados
Laura Guillén Fiel. Abogado del Departamento Laboral de Marimón Abogados

SUMARIO

1. Necesidad de una precisa regulación entre las partes
2. Derecho al cobro de las comisiones por ventas. Tendencias jurisprudenciales
3. Sugerencias en la regulación del sistema de comisiones por ventas
4. Devengo de comisiones y terminación de la relación laboral
5. Cotización a la Seguridad Social de los importes abonados en concepto de comisión por ventas

El salario, como contraprestación por el trabajo realizado, es uno de los elementos nucleares de la relación laboral.

Existen diversas formas de retribuir la prestación laboral, pero resulta muy común en aquellos trabajos que tienen una relación directa con la venta de productos o servicios que parte del salario se vincule a los resultados en las ventas en las que el trabajador haya participado: hablamos de las comisiones por ventas.

A diferencia de otros conceptos salariales, la comisión es un tipo de retribución que no compensa ni el tiempo ni la cantidad de trabajo. Por el contrario la comisión por ventas suele exigir, además de la intervención del trabajador, la consumación o un resultado final del negocio de venta.

Esta característica tan propia de la comisión, su vinculación con el resultado final de la venta, puede resultar en algún sentido contradictoria con la naturaleza de la prestación laboral donde el trabajador no es partícipe, en principio, de los riesgos empresariales. Esta aparente (que no real) contradicción genera no pocas dudas entre empresarios y trabajadores a la hora de aplicar y liquidar las comisiones por ventas.

Este artículo pretende ser un repaso por aquellos aspectos que pueden generar duda en el tratamiento de este concepto salarial.

NECESIDAD DE UNA PRECISA REGULACIÓN ENTRE LAS PARTES

Las comisiones por ventas están muy escuetamente reguladas en la norma laboral. **El artículo 29.2 del Estatuto de los Trabajadores emplea un párrafo en establecer que las comisiones se devengan por el trabajador cuando se realiza y paga el negocio en el que consiste la venta.** Se indica que, **salvo pacto en contrario, el trabajador tiene derecho a cobrarlas a final de año.**

Esta regulación tan escueta hace imprescindible que las partes regulen de forma meticulosa el funcionamiento de las comisiones por ventas y más concretamente aspectos como:

- Su propia existencia. La creación de un sistema de comisiones debe estar pactada entre las partes.

En este sentido los tribunales tienen establecido que quien reclama comisiones por ventas tiene que acreditar que las tenía pactadas (TSJ Madrid. Sentencia 798/95).

- Sistema de cálculo de los importes de comisión.

No cabe, como en tantas otras materias en sede laboral, la mo-

LEGISLACIÓN

www.ksp.es

- Estatuto del Trabajador (Normas básicas.Marginal:65923). Arts.; 26.1, 29.2
- Directiva 2003/88/ce del parlamento europeo y del consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo
- Real decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. (Normas básicas.Marginal:6873). Art. 109
- Real decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento general sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la seguridad social. (Legislación General. Marginal: 7001) Art. 23

dificación unilateral, sin seguir el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo por parte del empresario, de los porcentajes de comisión pactados con su trabajador.

Esto hace especialmente interesante que el sistema de porcentajes quede bien definido en el pacto entre empresario y trabajador (incluso qué cambios en los mismos se producirán en función de determinados parámetros).

“El Estatuto de los Trabajadores establece que, salvo pacto en contrario, las comisiones de liquidan y pagan a final de año”

“Nuestros tribunales vienen considerando que las comisiones por ventas, incentivos o rappels tienen carácter salarial y, por ende, han de ser computadas como salario regulador en la indemnización por despido”

- Momento y circunstancias del devengo y cobro de las comisiones.

Este aspecto es uno de los más delicados y que más conflictos en los juzgados de lo social se suscitan en torno a las comisiones por ventas.

Tal como se ha mencionado, el Estatuto de los Trabajadores establece que, salvo pacto en contra-

rio, las comisiones de liquidan y pagan a final de año.

Si el interés de las partes fuera otro (cobros mensuales o trimestrales) debería pactarse por escrito preferiblemente cuando se fije el sistema de comisiones.

En lo referente al devengo queda claro en la norma que el de-

recho a la comisión nace cuando se realiza, y paga a la empresa, el negocio que genera el derecho a la comisión pero la jurisprudencia ha introducido matices muy importantes a este principio que merecen un análisis particular.

DERECHO AL COBRO DE LAS COMISIONES POR VENTAS. TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

Hemos comentado anteriormente que las comisiones por ventas se configuran en la norma española como una auténtica retribución por resultado y no (sólo) por trabajo.

Para que la comisión se genere, la venta se tiene que producir, el trabajador (salvo pacto en contrario) tiene



que participar en esa venta y el empleador tiene que haber cobrado de su cliente el importe de esa venta.

La propia dinámica de funcionamiento de la comisión marca tres momentos:

a) El trabajo propiamente de venta del trabajador. Las tareas y cometidos laborales que permiten esa venta y justifican la comisión.

b) La consecución de la venta en sí. El cliente debe comprar el bien o servicio que origina la comisión.

c) El cobro por parte del empleador del precio del bien o servicio que ha originado la comisión.

¿Qué ocurre si la relación laboral se ve interrumpida en mitad de alguna de estas fases?

El tráfico mercantil ordinario suele propiciar que el momento a) (trabajo de venta) y el momento b) (encargo por el cliente de bienes/servicios objeto de la venta) sean simultáneos o muy cercanos en el tiempo. Es el momento del pago el que puede estar más separado en el tiempo y es aquí donde suelen surgir los conflictos.

Si la relación laboral se extingue (por cualquier motivo) después de que la venta se ha producido, pero antes de que el pago del cliente al empleador permita perfeccionar el derecho a percibir la comisión, ¿tiene el trabajador derecho a cobrar sus comisiones si la relación laboral ya había finalizado en el momento en el que el empleador cobra de su cliente?

La respuesta es mayoritariamente afirmativa en la jurisprudencia.

Los tribunales tienden a conceder a los trabajadores el derecho a percibir las comisiones generadas por ventas en



JURISPRUDENCIA

www.ksp.es

- Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 20 de marzo de 2015, núm. 45/2015, Nº Rec. 18/2015 (Marginal: 69338431)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de noviembre de 2014, Nº Rec. 1982/2013, (Marginal: 69342717)
- Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 11 de diciembre de 2014, núm. 196/2014, Nº Rec. 268/2014, (Marginal: 69266552)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 28 de mayo de 2013, núm. 980/2013, Nº Rec. 746/2013, (Marginal: 69342708)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 10 de enero de 2013, núm. 8/2013, Nº Rec. 971/2011, (Marginal: 69342707)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de julio de 2010, Nº Rec. 196/2009, (Marginal: 2245209)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de fecha 13 de diciembre de 2010, núm. 543/2010, Nº Rec. 269/2008, (Marginal: 69342705)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de mayo de 2009, Nº Rec. 4/2008, (Marginal: 343841)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 7 de octubre de 2008, Nº Rec. 1772/2008, (Marginal: 69342709)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de octubre de 2008, Nº Rec. 582/2008, (Marginal: 308844)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de septiembre de 2008, Nº Rec. 4387/2007 (Marginal: 306902)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de fecha 16 de enero de 2006, núm. 267/2006, Nº Rec. 15727/2004, (Marginal: 69342710)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de enero de 2006, Nº Rec. 3813/2004, (Marginal: 257335)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de fecha 30 de noviembre de 2001, núm. 418/2001, Nº Rec. 422/2001, (Marginal: 69342706)

las que ellos participaron pero que se cobraron por la empresa con posterioridad a su extinción laboral.

La sentencia 418/2001 del TSJ de Navarra incluso concede este derecho cuando las partes pactaron claramente

“Respecto de la cuestión relativa al cobro de las comisiones cuando se ha extinguido el contrato del empleado, en primer lugar habría que estar a lo pactado en el contrato suscrito con el trabajador”

que sólo se cobrarían comisiones si el trabajador estaba en activo en la empresa en determinada fecha (cosa que no se produjo en aquel caso).

Otra cuestión que ha suscitado

debate recientemente es el derecho a cobro de las comisiones por ventas durante el periodo vacacional.

Precisamente por el carácter resultadista de las comisiones por ventas, lo ha-

bitual en nuestro país es que la ausencia de ventas (por enfermedad, vacaciones o cualquier otro factor que impida el trabajo) determine la ausencia de comisiones.

Esta regla tiene una excepción muy destacada en el caso de las vacaciones.

El 22 de mayo de 2014, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) dictó una sentencia contestando una cuestión prejudicial que le había planteado un tribunal laboral del Reino Unido en referencia a la interpretación que debía darse al artículo 7 de Directiva comunitaria 2003/88/CE.



En resumen, **el TJCE declaraba que las comisiones forman parte del salario que un trabajador tiene derecho a percibir durante sus vacaciones.**

En el caso analizado, el Sr. Lock (el demandante) era trabajador comercial de la compañía British Gas (el demandado).

El Sr. Lock percibía mensualmente, además de su salario fijo, comisiones por las ventas que efectuaba.

El tema no era menor por cuanto sus comisiones eran normalmente superiores al salario fijo.

El Sr. Lock reclamaba que durante las vacaciones sus ingresos por comisiones se veían reducidos al no poder realizar operaciones de venta en ese periodo.

La conclusión tajante del TJCE fue que el Sr. Lock tenía derecho a mantener su nivel salarial durante las vacaciones y ello equivalía a estimar unas comisiones durante ese periodo, cuando, en realidad, no las había trabajado.

En España, la sentencia de la Audiencia Nacional nº45/2015 de 20 de marzo se hace eco de la línea jurisprudencial marcada por el TJCE y declara **que los trabajadores de Telefónica Móviles SAU que tienen por convenio derecho a comisiones deben percibirlas también en vacaciones, aunque no correspondan a ventas realizadas en ese periodo por dichos trabajadores.**

SUGERENCIAS EN LA REGULACIÓN DEL SISTEMA DE COMISIONES POR VENTAS

¿Cómo puede regularse el sistema de comisiones para evitar que interpretaciones judiciales como las

expuestas incrementen, de forma no prevista, los costes por comisiones de las compañías?

Hemos abundado durante toda nuestra exposición en la importancia crítica que en el funcionamiento del sistema de comisiones tiene preparar una buena regulación contractual entre empresa y trabajador.

En este punto, vuelve a resultar necesario establecer por escrito que los porcentajes y cadencias en el pago de las comisiones pactadas ya han tenido en cuenta el impacto de las vacaciones sobre la retribución por comisiones del trabajador.

En este sentido, y al objeto de minimizar los riesgos, la recomendación sería establecer un sistema de cálculo anual de comisiones, donde se definiera expresamente por contrato que el porcentaje pactado de comisiones ha tenido en cuenta la retribución que el trabajador debe percibir por tal concepto en los periodos vacacionales. Para aquellos casos donde la empresa y trabajador prefieran un pago mensual o trimestral de comisiones se puede establecer, además de la previsión comentada, un sistema de anticipos mensuales/trimestrales supeditado al cálculo anual de comisiones, donde el importe de anticipo entregado durante el mes de vacaciones será del mismo importe que en el resto del año.

Otra alternativa a la regulación expuesta es fijar un porcentaje por comisiones ajustado que, de hecho, tenga en cuenta para su cálculo que en vacaciones el empresario también deberá pagar una cantidad similar por el concepto de comisiones. Así, en el periodo vacacional, la empresa pagará un concepto por comisiones cuyo importe debe ser coherente con el nivel de comisiones percibido con anterioridad por el propio trabajador. Algunos autores sugieren hacer una media de

las comisiones percibidas por el trabajador en los últimos 12 meses al objeto de calcular qué comisiones deben pagarse en vacaciones.

Se prefiera un sistema u otro, resulta necesario reflejarlo en el documento que fije las condiciones entre las partes.

Lo contrario someterá a la empresa a costes por comisiones no previstos y que desvirtuarán, en cualquier caso, la estructura y sentido propio de la retribución por resultado que es intrínseco a las comisiones por ventas.

DEVENGO DE COMISIONES Y TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

A lo largo del presente artículo hemos desarrollado cuestiones relativas al devengo y cobro de comisiones por ventas, principalmente cuando la relación laboral está “viva”, pero, alrededor de la terminación del contrato, surgen al menos dos interrogantes: i) ¿qué ocurre en el caso de que se proceda al despido del trabajador sin que se haya producido el devengo completo de las comisiones anuales pactadas?, ¿tiene derecho al cobro de la parte proporcional de las mismas?; y ii) ¿han de incluirse las comisiones como salario a efectos del cálculo de la indemnización por despido del empleado?

1) **Respecto de la cuestión relativa al cobro de las comisiones cuando se ha extinguido el contrato del empleado, en primer lugar habría que estar a lo pactado en el contrato suscrito con el trabajador,** y a lo que la empresa haya establecido en las normas internas o políticas de empresa, en las cuales se habrá de establecer las condiciones de devengo y cobro y, en su caso, de permanencia en la Empresa. En el caso de que las condiciones contenidas en

tales políticas sean “oscuras” o abusivas y, por ende, perjudiciales para el empleado, podría considerarse que las comisiones son vencidas y exigibles. Esta situación posibilitaría su reclamación por el procedimiento ordinario de reclamación de cantidad, **pero también debe tomarse en cuenta como salario regulador a los efectos de una posible indemnización por despido** (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de noviembre de 2007).

2) **En relación con la inclusión de las comisiones devengadas en la base de cálculo de la indemnización por despido, nuestros tribunales vienen considerando que las comisiones por ventas, incentivos o rappels tienen carácter salarial** (artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores) y, **por ende, han de**

ser computadas como salario regulador en la indemnización por despido. En este sentido, el devengo se circunscribe a la actividad del empleado durante el año natural o un trimestre natural, abonándose en el mes siguiente a su devengo, lo cual no puede justificar que, al interrumpirse el contrato por causas ajenas a la voluntad del empleado, haga decaer necesariamente el derecho de éste a su consecución, por lo que el empleado tendría derecho a que se computase las comisiones devengadas en el último año en el módulo de cálculo de la indemnización por despido (Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha nº 267/2006) y, como se ha establecido en el punto anterior, a recibir la parte proporcional devengada.

COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD

SOCIAL DE LOS IMPORTES ABONADOS EN CONCEPTO DE COMISIÓN POR VENTAS

Como se ha expuesto, las comisiones son sistemas de retribución que suelen tener un periodo de generación superior al mensual. Habitualmente se devengan durante un trimestre natural, siendo pagaderas en el mes siguiente a su devengo.

En cuanto a la cotización a la seguridad social, conviene señalar que el artículo 109 de la Ley General de la Seguridad Social y en el artículo 23 del Reglamento General de Cotización se establece que “*Las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratearán a lo largo de los doce meses del año*”. Por su parte, la Orden ESS/86/2015, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales



de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, prevé que para determinar la cuantía mensual que ha de computarse en la base de cotización que corresponde con los conceptos retributivos que tengan un devengo superior al mensual, se incluirá el importe anual estimado de dichas gratificaciones extraordinarias y demás conceptos retributivos, se dividirá por 365 y el cociente que resulte se multiplicará por el número de días que comprenda el período de cotización de cada mes.

No obstante lo anterior, **cuando**

no se pueda realizar una estimación, el ingreso de las cotizaciones mensuales se habrá de hacer a posteriori, mediante liquidaciones complementarias una vez se haya realizado el abono de las comisiones.

Así, efectuado el abono de las mismas al empleado en el mes siguiente a su devengo, se deberá realizar la correspondiente liquidación complementaria “hacia atrás” del importe mensual que resulte de la cantidad abonada en concepto de comisiones trimestrales.

En línea con lo anterior, **el criterio interno de la Tesorería General de**

la Seguridad Social acerca de la cotización de las comisiones es el criterio del devengo, y no el criterio del abono. A efecto de cotización a la Seguridad Social de dichas cantidades, debe tenerse en cuenta el período en el que se produjo el devengo, con independencia del momento en que se efectúe el pago, y no cabe que los importes de las comisiones abonadas incrementen la base de cotización de los meses en los que se efectúe el pago, sino las bases de cotización de los meses a que corresponda su devengo, realizando las liquidaciones complementarias “hacia atrás” a los referidos meses sobre las bases y tipos establecidos para dichos meses. ■

BIBLIOGRAFÍA

www.ksp.es

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- DOMÍNGUEZ LEANDRO, JOSÉ. *Ley de agencia. La indemnización por clientela. ¿Cabe incluirla anticipadamente en el porcentaje de las comisiones?* Economist&Jurist N° 146. Diciembre-enero 2011. (www.economistjurist.es)
- CALLEJO, SORAYA. *¿Cuándo tiene derecho el agente de la propiedad inmobiliaria a percibir su comisión?* Inmueble N° 79. Marzo 2008. (www.revistainmueble.es)

CONCLUSIONES

- A modo de conclusión, conviene señalar que resulta relevante que las empresas elaboren una completa política de abono de los salarios a comisión en los que se regulen de forma pormenorizada los requisitos para el devengo y el abono de tales salarios, y se regule qué ocurre en caso de terminación de la relación laboral. De igual modo, resulta imprescindible que en el contrato de trabajo se establezcan los pormenores del salario variable que percibirá el empleado
- Actualmente, estas fórmulas de retribución variable suponen un claro incentivo para el empleado, pues se vincula su esfuerzo para la consecución de las ventas con su retribución, la cual finalmente será proporcional a su implicación y esfuerzo en el trabajo. Por tal motivo, resulta imprescindible que las empresas adapten sus estructuras salariales a estas fórmulas, pues es una buena forma de fidelizar al empleado y mejorar la competitividad de la empresa en el mercado

PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE. ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO DEL INCAPACITADO

www.ksp.es
info@ksolucion.es

La solución a tu caso

SUMARIO

- El Caso
 - *Supuesto de hecho*
 - *Objetivo. Cuestión planteada*
 - *La estrategia del abogado*
- El Procedimiento Judicial
 - *Partes*
 - *Peticiones realizadas*
 - *Argumentos*
 - *Normativa*
 - *Resolución judicial*
 - *Segunda instancia*
- Jurisprudencia relacionada con el caso
- Documentos jurídicos
- Biblioteca
- Formulario: Demanda de declaración judicial de incapacidad

EL CASO

Supuesto de hecho

Barcelona, 12-02-2004

De una parte Don Pedro, jubilado y recién enviudado sufrió de problemas

psíquicos debido a su edad (85 años) consistentes en pérdida de orientación, pérdida de memoria y confusión del pasado con el presente.

Frente a dicha situación una de sus hijas (Doña Paula) decidió ocuparse de su padre y administrar su patrimonio

(dos pisos y una pensión).

Al cabo de un tiempo de la gestión de Doña Paula, Don Pedro carecía de recursos suficientes para mantenerse consciente de ello, Doña Paula solicitó a Doña María el capital fijo obtenido de la herencia del padre. Frente a dicho requerimiento, Doña María investigó el usos que Doña Paula hacía del patrimonio de Don Pedro, entre otras cosas, Doña María había reformado un piso. Tras comprobar el estado de salud de su padre y que Doña Paula se estaba beneficiando de dicha situación, trató de llegar a una solución amistosa con Doña Paula, sin embargo esta última se negó a todas las propuestas de Doña María.

Doña María interpuso demanda de declaración de incapacidad de Don Pedro y solicitud de devolución de todos aquellos gastos no justificados. Doña Paula a su vez también interpuso demanda de declaración de incapacidad de Don Pedro.

Ambos acciones se acumularon en una sola, sustanciadas ante el juzgado de primera instancia de Barcelona, el cual declaró la incapacidad de Don Pedro, nombrando tutora a Doña María de forma obligatoria, quedando obligada a prestar fianza. Contra la sentencia las partes, tanto Doña María como Doña Paula interpusieron recurso de apelación.

Objetivo. Cuestión planteada

Doña María pretende la declaración de incapacidad de su padre Don Pedro, la devolución al patrimonio del mismo los gastos no justificados por su hermano Doña Paula y el nombramiento de una institución tutelar que cuide y administre a Don Pedro y su patrimonio.

Doña Paula pretende la declaración de incapacidad de su padre Don Pedro, que se declare que no ha habido mal uso del patrimonio de Don Pedro, así como la atribución de la tutela de Don Pedro a una institución sin ánimo de lucro.

La estrategia. Solución propuesta.

El abogado de Doña María trata de

acreditar el estado de salud mental de Don Pedro mediante los informes médicos aportados, trata de acreditar el mal uso del patrimonio de Don Pedro mediante la aportación de fotografías del piso reformado por Doña Paula.

El abogado de Doña Paula trata de demostrar el estado de salud mental de Don Pedro mediante la aportación de informe médico. Trata de acreditar el buen uso del patrimonio de Don Pedro realizado por Doña Paula.

EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

Orden Jurisdiccional: Civil

Juzgado de inicio del procedimiento: Juzgado de Instrucción

Tipo de procedimiento: Juicio Verbal

Fecha de inicio del procedimiento: 14-02-2007

Partes

Parte demandante:

Doña María y Doña Paula (hijas de

Don Pedro).

Parte demandada:

Don Pedro (presunto incapaz).

El Ministerio Fiscal:

Es el defensor judicial de Don Pedro (presunto incapaz).

Peticiones realizadas

Doña María, en su demanda, solicitó:

- Que tenga por presentada la demanda de incapacitación.
- Que se sirva admitirla junto con la documentación aportada.
- Que se dé traslado de la misma al ministerio fiscal.
- Que se declare la incapacidad de Don Pedro.
- Que se admitan y consideren pertinentes las pruebas propuestas.
- Que proceda a nombrar una fundación o institución cautelar.

Doña Paula, en su demanda, solicitó:

- Que tenga por presentada la demanda de declaración de incapacidad.
- Que se sirva admitirla junto con los documentos que la acompañan.
- Que se declare la incapacidad de Don Pedro.
- Que admita y considere pertinente la prueba propuesta.
- Que se nombre tutor a Doña Paula y subsidiariamente a Doña María.

Don Pedro:

Presunto incapaz.

El Ministerio Fiscal, en su contestación a la demanda, solicitó:

- Que tenga por contestada la demanda de incapacidad, dando por despachado el traslado conferido.
- Que tenga por opuesta a la declaración interesada por el demandante en cuanto no queden cumplidamente probados en autos los requisitos legales y no se admitan la enfermedad.
- Que imponga costas judiciales a la parte demandante.

Argumentos

Doña María, en su demanda, basó sus peticiones en los siguientes argumentos:

- Que desde el fallecimiento de su mujer, Don Pedro ha ido empeorando progresivamente su estado de salud, con tendencia a desorientarse, tener pérdidas de memoria, ignorar el día y hora, confundir el

presente y el pasado.

- Que Doña Paula requirió a Doña María el dinero de la herencia de su madre, alegando que Don Pedro se había quedado sin dinero.
- Que Don Pedro tenía un nivel de vida de 3.075`13 euros mensuales desde que Doña Paula se hacía cargo de él.
- Que Doña Paula hizo reformas en su apartamento durante el periodo de tiempo que Don Pedro estaba a su cargo y Doña Paula administraba su patrimonio.
- Que como solución Doña María propuso formalizar un contrato de alimentos y hacerse cargo a partes iguales.
- Que Doña Paula, se ha negado a todas las propuestas, ya que no desea rendir cuentas de la gestión realizada, ni someter al padre a un procedimiento de incapacidad.
- Que según los cálculos de Doña María los costes de una residencia ascenderían a 2.000 euros mensuales, importe que Don Pedro puede afrontar con una administración ordenada, obteniendo rentas de sus dos propiedades.
- Que Doña María rinda cuentas, se restituyan las cantidades no justificadas.
- Que en caso de necesidad y una vez garantizada la administración de los bienes del padre, las hijas pueden utilizar los plazos fijos de la herencia de la madre y destinar dicho capital a sostener a Don Pedro.

Doña Paula, en su demanda, basó sus pretensiones en los siguientes argumentos:

- Que el estado de salud física y mental de Don Pedro ha venido deteriorándose.
- Que finalmente se ha contratado una persona para su cuidado.
- Que Don Pedro no puede seguir administrando su patrimonio por sí solo.
- Que interesa la designación de una institución tutelar.
- Que se proceda a nombrar a ambas hijas como tutoras para que no exista discrepancia entre ambas.

Don Pedro:

- Presunto incapaz.

El Ministerio Fiscal, en su contestación a la demanda, basó sus peticiones en los siguientes argumentos:

- Que no queda acreditado que el demandado se halle afecto a una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impida gobernarse por sí mismo.
- Que interesa la práctica de las pruebas dispuestas en el art. 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Normativa

Doña María, en su demanda, alegó la siguiente normativa:

• Procesal

- Ley Orgánica del Poder Judicial. Art. 85.

- Ley de Enjuiciamiento Civil. Art. 45. Art. 52.1.5. Art. 765. Art. 753. Art. 757.1.

• Fondo

- Código civil de Cataluña. Art. 183 y siguientes

Doña Paula, en su demanda, alegó la siguiente normativa:

- **Procesal**

- Ley Orgánica del Poder Judicial. Art. 85.

- Ley de Enjuiciamiento Civil. Art. 45. Art. 52.1.5. Art. 765. Art. 753. Art. 757.1.

- **Fondo**

- Código civil de Cataluña. Art. 183 y siguientes.

Don Pedro:

Presunto incapaz.

El Ministerio Fiscal, alegó la siguiente normativa:

- **Procesal**

- Ley Orgánica del Poder Judicial. Art. 85.

- Ley de Enjuiciamiento Civil. Art. 45. Art. 52.1.5. Art. 765. Art. 753. Art. 757.1. Art. 759

- **Fondo**

- Código civil de Catalunya. Art. 183

Documentos

Doña María, en su demanda aportó la siguiente documentación:

- Nota manuscrita por Doña Paula conforme el estado de Don Pedro cada día es peor.

- Informe médico.

- Informe médico sobre medicinas

necesarias.

- Gastos Doña Paula y su marido a cargo de Don Pedro.

- Fotos apartamento Doña María, conforme se han realizado obras.

Doña Paula, en su demanda, aportó la siguiente documentación:

- Libro de familia.

- DNI Don Pedro.

- Certificado defunción esposa de Don Pedro.

- Certificado empadronamiento.

Don Pedro:

Presunto incapaz

El Ministerio Fiscal, en su contestación, aportó la siguiente documentación:

No aportó documentación alguna.

Prueba

Doña María, solicitó la práctica de las siguientes pruebas:

- Pericial médica

- Documental

- Testifical

Doña Paula, solicitó la práctica de las siguientes pruebas:

- Testifical

- Pericial medica

- Documental

Don Pedro:

- Presunto incapaz

El Ministerio Fiscal, en su contestación, solicitó la práctica de las siguientes pruebas:

- Testifical

- Pericial psicológica

Resolución Judicial

Fecha de la resolución judicial: 03-10-2007

Fallo o parte dispositiva de la resolución judicial: El juez de primera instancia de Barcelona dicto sentencia estimando la petición inicial de la parte demandante declarando la incapacidad de Don Pedro, declarando que se extenderá a todo tipo de decisiones relativas a actos y negocios jurídicos en relación a la administración y disposición de sus bienes, derechos e intereses jurídicos y patrimoniales de cualquier clase. Nombrado a Doña María tutora, obligada al cargo por relación de parentesco, con la obligación de formar inventario y prestar fianza.

Fundamentos jurídicos de la resolución judicial: Es artículo 200 del Código Civil exige tres requisitos para declarar la incapacidad de una persona, en primer lugar exige el padecimiento de una enfermedad o deficiencia, en segundo lugar exige que esa enfermedad o deficiencia tenga carácter permanente y en último lugar exige que dicha enfermedad o deficiencia incida sobre la aptitud de la persona de una manera generalizada para el autogobierno.

En el caso de autos el resultado de las audiencias y pruebas practicadas, por imperativo del artículo 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lleva a la conclusión de que concurren en Don Pedro la totalidad de los requisitos referidos en el anterior artículo, para de-

clarar su incapacidad total.

Para suplir la falta de capacidad declarada, procede recurrir al máximo legal de la tutela, mediante el cargo de tutor único (Doña María), quien asumirá la guardia y protección de la persona y bienes del incapaz, habiendo sido oídas las personas que determina y no contestando incumplimiento legal, la cual tomara posesión de su cargo, formando inventario y desempeñando su cargo de acuerdo con la ley.

Segunda instancia

Tipo de recurso: Civil

Recurrente: Doña María

Fecha del recurso: 21-10-2007

Tribunal: Audiencia Provincial

Prueba

Doña María, en su recurso de apelación, solicitó la práctica de las siguientes pruebas:

- Documental
- Testifical

Doña María, en su oposición, solicitó la práctica de las siguientes pruebas:

- Documental
- Testifical

El Ministerio Fiscal:

- no solicito la práctica de ninguna prueba.

Documentación

Doña María, en su recurso de apelación, aportó los siguientes documentos:

- Sentencia primera instancia

Doña Paula, en su oposición al recurso de apelación aportó los siguientes documentos:

- Mismos primera instancia.
- Sentencia primera instancia.

El Ministerio Fiscal:

- No apporto documento alguno.

Resolución judicial del recurso

Fecha de la resolución judicial: 25-11-2008

Fallo o parte dispositiva de la resolución judicial: La Audiencia Provincial de Barcelona, acuerda homologar la transacción, debiendo hacerse cargo de las costas por partes iguales los demandantes.

Fallo o parte dispositiva de la resolución judicial: Ajustándonos a Derecho (Artículo 19 Ley de Enjuiciamiento Civil), dentro del poder de disposición de las partes sobre el proceso y sus pretensiones, es admisible la transacción como modo de terminación anormal del proceso por voluntad de ambos litigantes que en cualquier momento pueden poner fin al litigio previa homologación.

Concurren los presupuestos objetivos y subjetivos conforme al artículo 1809 del Código Civil, encargando el cuidado de Don Pedro a una institución tutelar, sin ánimo de lucro, resulta procedente aprobar la transacción presentada.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON ESTE CASO

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Illes Balears (sala civil),

núm. 50/2010 de 9 de febrero de 2010. **KsoluciónPremium. Civil y Mercantil. Marginal 1793115.**

- Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona (sala civil), núm. 516/2007 de 23 de octubre de 2007. **KsoluciónPremium. Civil y Mercantil. Marginal 293493.**

Documentos disponibles en: www.ksp.es

Nº de caso: 6852 info@ksolucion.es

1. Demanda de declaración judicial de incapacidad.
2. Demanda de declaración judicial de incapacidad.
3. Auto de admisión a trámite de la demanda
4. Solicitud de acumulación de procedimientos.
5. Interlocutoria adoptando la acumulación.
6. Contestación a la demanda Ministerio Fiscal.
7. Acta de exploración judicial.
8. Informe Psiquiátrico legal.
9. Sentencia
10. Preparación del Recurso de Apelación.
11. Recurso de Apelación
12. Auto constitución de tutelas del incapacitado.
13. Oposición al recurso de Apelación
14. Solicitud homologación acuerdo transaccional

15. Acta ratificación acuerdo transaccional.

16. Sentencia homologación acuerdo transaccional.

17. Contrato de compraventa propiedad del incapacitado

18. Auto autorizando la compraventa.

Formularios jurídicos relacionados con este caso

- Demanda declaración de incapacidad.
- Oposición a la demanda de incapacidad.

- Recurso de apelación.
- Oposición recurso de apelación.

BIBLIOTECA

Disponible en:
www.ksp.es N° de Caso: 6852

Libros

- Objeto y Carga de la Prueba Civil
- La prueba en el proceso civil
- Persona y Familia. Estudios de Derecho Civil y catalán
- Sabelotodo de Derecho Civil. 2ª

Edición. Actualizada a 2014

- Legislación Civil Catalana 2ª Edición

- Temario práctico de derecho civil. Parte general

Artículos jurídicos

- La incapacidad sobrevenida: instrumentos jurídicos para prever la gestión patrimonial y de la propia persona (diciembre-enero 2015)
- Objetivo: Incapacitación judicial (Requisitos y modus operandi para la incapacitación de personas) (abril 2013)

AL JUZGADO

D.....Procurador de los Tribunales y de Doña..... mayor de edad, vecina de Barcelona,.....según escrito de poder que se realizará en el momento procesal oportuno, ante este Ilustre Juzgado tengo el honor de comparecer, lo que hago, y como mejor en Derecho proceda DIGO:

Que mediante el presente escrito, y siguiendo las instrucciones recibidas de mi mandante, procedo a formular **DEMANDA DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE INCAPACIDAD** de su padre, D..... mayor de edad, de estado civil viudo con domicilio en Barcelona, C/.....con DNI. N°..... demanda que fundamento en los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- D..... nació el día....de abril de....y se casó en únicas nupcias con la Sra....., quién falleció en Barcelona el día....de...de 2004.

Del matrimonio nacieron dos hijas, mi mandante Dª.....y su hermana.....ambas casadas y mayores de edad.

SEGUNDO.- Desde el fallecimiento de su esposa, el Sr.....ha ido empeorando progresivamente su estado de salud, mostrando una tendencia cada vez mayor de desorientarse, tener pérdidas de memoria, ignorar el día y la hora, en lugar en el que estaba, imaginarse que está en un momento y un lugar distintos,

confundir presente y pasado y otra serie de síntomas que se describen más adelante.

El Sr.....ha expresado siempre su deseo de seguir viviendo en el domicilio familiar, una vivienda de arrendamiento que se restituirá al propietario en el momento que el Sr.....falte, y que no se mantiene en el mejor estado de conservación.

TERCERO.- Ya en las fechas que falleció su esposa, el Sr.....empezaba a mostrar síntomas de la enfermedad que posteriormente desarrollaría, si bien en dichas se gobernaba perfectamente y mantenía toda su lucidez.

Sin embargo, en algo más de un año su deterioro evoluciono gravemente, y durante el periodo comprendido entre el último semestre del año 2.005 y primeros del año 2.006 ya era notorio su deterioro.

Vista la situación, fue su hija.....quien recomendó contratar a la chica rumana que vive con él, quien fue localizada a través de alguna ONG, según manifestó a mi cliente su hermana.

Durante los fines de semana, el Sr.....permanecía de forma alterna con cada una de sus hijas entre semana permanecía en su casa, si bien frecuentemente lo visitaba.....

El deterioro se fue mostrando inicialmente en cuestiones de orientación tiempo y espacio, ya que muchas veces no sabía exactamente donde estaba o la fecha que era. Progresivamente confundía el presente y el pasado, o mezclaba uno con otro. En más de una ocasión había salido solo y se había perdido, por lo que tanto las hijas como la asistenta optaron por cerrar con llave en las escasas ocasiones que (para ir a comprar o alguna gestión breve) lo dejaban solo, ya que el temor era no encontrarlo al regresar.

Mucho tiempo antes el Sr.....ya era del todo incapaz para cuestiones más prácticas, tales como hacer la compra, administrar sus cuentas, gestionar sus negocios o llevar la casa.

Como muestra del deterioro y enfermedad del demandad, acompañamos como DOCUMENTO N° 1 una nota manuscrita confeccionada en fecha 17 de julio de 2.006 por la hermana.....s en la que se afirma literalmente que su estado es cada día peor.

Se acompaña también como DOCUMENTO N° 2 un informe elaborado por la doctoraen fecha 8 de junio de 2.006 que refiere trastorno de la personalidad, demencia vascular e hidrocefalia.

Por último, y vista la imposibilidad de acceder a mayor información, ya que la hermana se lo impide, mi mandante acompañó a su padre a la consulta del Médico Psiquiatra D..... quien confeccionó un informe a partir del examen del que no deja lugar a dudas sobre la incapacidad del Sr..... y la necesidad de adoptar medidas sanitarias y asistenciales que aseguran su mayor atención y cuidado, medidas que tan solo podrán adoptarse previa la declaración de incapacidad y el nombramiento de un tutor que vele por su salud y sus intereses.

Se acompaña dicho informe señalado como DOCUMENTO N° 3.

Junto a dichos ingresos, las hermanas depositaron en dos plazos fijos, uno a nombre de cada una, el dinero herencia de su madre, del que es usufructuario su padre. Dicho plazo fijo renta al Sr.....las siguientes cantidades.

Año 2004 1.027,00 €

Año 2005 1.099,00 €

Año 2006 378,84 €

Todos estos importes nos han sido comunicados por la hermana de mi mandante y su esposo, a través de la plantilla de Excel que acompañamos señalada como DOCUMENTO N° 10 donde pretenden rendir cuentas de la administración efectuada hasta el 30 de Junio, tal y como posteriormente detallaremos.

4.2.-Despatrimonizacion del Sr.....tras la gestión de su hija.....y su yerno

En el mes de junio del año 2.006 mi cliente empieza a recibir requerimientos por parte de su hermana en el sentido que debía cancelar el plazo fijo correspondiente al dinero de la herencia de su madre y entregarlo para mantener a su padre, ya que éste se había quedado sin dinero.

La petición sorprendió enormemente a mi patrocinada, ya que además de los casi 50.000 euros que disponía en la cuenta, su padre ingresaba dinero por todos los conceptos arriba detallados. Si tenemos en cuenta que hablamos de un apersona enferma, cuyos únicos gastos son la vivienda (171,55 €/mes), la manutención y la Sra. que le cuidaba (aprox. 900,00 €/mes), era incomprensible que se hubieran gastado más de 90.000 euros en tan solo 30 meses.

Se pidieron cuentas a la hermana y su esposo, quienes se han limitado a entregar la hoja de Excel que acompañamos como DOCUMENTO N° 10, sin que nunca esta parte haya podido acceder a facturas detalladas que justifiquen los gastos.

4.3.- Inadecuada rendición de cuentas de la hija.....

Según los números que la hija nos ha presentado, el total de dinero que se ha gastado

Entre el mes de febrero de 2.004 y el mes de junio

Tesorería en bancos de 2.006 ha sido de:

49.516,03 €

Ingresos por arrendamientos 28.630,00 €

Ingresos por pensión 11.603,27 €

Ingresos por intereses bancarios 2.504,84 €

Total 92.254,14 €

Que dividido en 30 meses da un gasto mensual de 3.075,13 euros mensuales.

Acompañamos a este escrito señalado como DOCUMENTOS N° 11 A 15 una serie de fotografías que muestran las reformas acometidas en y donde se pueden ver los aires acondicionados nuevos instalados

en el apartamento de la Sra.....No hemos podido fotografiar, lógicamente, el apartamento de la hermana que ha sido reformado en su totalidad.

La hija..... actúa como si fuera la administradora del padre, y trata a mi cliente como si el Sr.....mantuviera el uso de la razón. Así, vemos que como parte de la estrategia de presión contra mi mandante, en fecha 27 de julio de 2006 envía la nota que acompañamos como DOCUMENTO N° 16 actuando como administradora del padre y que contrasta con la que hemos acompañado como documento n° 1 del día 17 del mismo mes en la que afirma que el padre no puede ir cambiando de casa porque cada día está peor.

Más grave es el burofax del día 20 de octubre de 2.006, en que la hermana afirma que su padre le ha solicitado que reclame unos gastos a mi clienta, cuando en esas fechas el padre era incapaz de dar ese tipo de instrucciones o de entender temas de consumos de gas o electricidad. Acompañamos dicho burofax como DOCUMENTO N° 17.

Es notorio que a partir del verano de 2.006 las relaciones entre ambas hijas han sido muy tensas, ya que mi cliente se ha negado a cancelar los plazos fijos y entregarle el dinero a su hermana ante el temor cierto que el mismo se pierda de la forma que ya ha ocurrido con los ahorros de su padre. Si en 30 meses han dilapidado 92.000 euros,

¿Cuánto durarán los 24.000 euros del plazo fijo de mi clienta?

Se han propuesto diferentes soluciones que siempre han chocado con la oposición de la otra hija del Sr.....cuya única alternativa es cancelar los plazos fijos y entregarle el dinero para que ella y su esposo lo sigan “administrando”.

Mi cliente ha propuesto, por ejemplo, dejar de usar ambas sus respectivos apartamentos y ponerlos también en alquiler, lo que incrementada las rentas del padre, ingresándolo en un centro adecuado a sus necesidades; se ha propuesto también administrarlo conjuntamente, se les ha solicitado justificación del importe y destino dado a los gastos que relacionan en sus cuentas, se les propuso formalizar un contrato de alimentos y hacerse cargo ellas directamente, a partes iguales, del pago de la residencia y atención del padre.

La hermana se ha negado a todas y cada una de las propuestas anteriores, ya que no desea rendir cuentas de la gestión realizada, ni someter al padre a un proceso de incapacitación y tutela.

Según los cálculos efectuados por mi clienta, los costes de una residencia que cubra todas las necesidades de su padre no van más allá de los 2.000 euros mensuales, un importe que su padre puede afrontar con sus propios recursos mediante la adopción de las siguientes medidas:

1°.- Administrar ordenadamente su pensión y los alquileres de.....

2°.- Que ambas hijas abandonen temporalmente los apartamentos que utilizan en -o que abonen a su padre una renta por los mismos acorde a los precios de mercado.

3°.- Que la hija.....y su esposo rindan en la forma debida cuentas del dinero administrado y restituyan al patrimonio del Sr..... cantidades no justificadas y las destinadas a reformar el apartamento que utilizan.

4°.- En caso de necesidad, y una vez garantizada una adecuada administración de los bienes del padre, las hijas pueden cancelar los plazos fijos de la herencia de la madre y destinar dicho capital (que no deja de ser su herencia pero que mi mandante estaría dispuesta a ceder) a sostener al padre los años que le queden de vida.

5°.- Si los gastos fueran más allá, se podría vender alguno de los apartamentos, aunque consideramos que no resultará necesario llegar a tal extremo.

Debemos también tener en cuenta que, atendiendo a la avanzada edad del padre (86 años) y su estado de salud, es improbable que la estancia del padre en la residencia se prolongue más allá de los diez años, por lo que una correcta administración garantiza fondos más que suficientes para subvenir a todas sus necesidades.

Como consecuencia de todo lo arriba relatado, se interesa respetuosamente de este Ilustre Juzgado la declaración de incapacidad total del Sr.....para regir su persona y bienes, determinándose que el régimen que ha de establecerse es el de tutela y procediéndose en Sentencia a designar tutor que haya de representar al incapaz y velar por él, y a tal fin se solicita respetuosamente el nombramiento de fundación tutelar que deberá designarse por este Ilustre Juzgado.

A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes

Y por todo lo expuesto,

AL JUZGADO SUPPLICO: Que tenga por presentado este escrito, junto con sus copias y documentos que se acompañan, acuerde admitirlo y tener por formulada en nombre de quien comparezco demanda de juicio verbal solicitando la incapacitación de D.....y previos los trámites oportunos se dé traslado de la misma al Ministerio Fiscal y a la presunta incapaz a fin de que pueda comparecer en este procedimiento con su propia defensa y representación, y a todas aquellas personas que puedan ser parte en este procedimiento y previa audiencia de los parientes más próximos de D.....así como el examen del mismo por su SS^a y el dictamen de peritos y el recibimiento del proceso a prueba que desde ahora y para su momento procesal oportuno dejo interesado, se dicte Sentencia por la que se declare la incapacidad total de D.....para regir su persona y sus bienes, estableciendo en la propia sentencia que le habrá de ser nombrado tutor, postulándose mi mandante, D^a.....ejercer dicho cargo o, en el caso que no se estime conveniente, se proceda a nombrar a la fundación o institución tutelar que corresponda, con las facultades y límites que para el ejercicio de dicho cargo establece el Código civil.

Es Justicia que pido

RESCISIÓN INDEPENDIENTE DE LAS GARANTÍAS CONTEXTUALES



Juan Carlos Noguera de Erquiaga. Socio de Pintó Ruíz & Del Valle
Óscar Sánchez De La Torre. Socio de Pintó Ruíz & Del Valle

SUMARIO

1. Análisis jurisprudencial. Controversia sobre la necesidad o no de impugnar el negocio jurídico en su integridad
2. Voto particular

La primera de las cuestiones a resolver cuando tratamos la rescindibilidad de las llamadas garantías contextuales, esto es, aquellas prestadas por el concursado a favor de un tercero que de forma simultánea recibe un crédito, consiste en discernir si jurídicamente es posible rescindir una garantía personal y dejar subsistente el contrato cuyo cumplimiento garantiza.

Ante lo controvertido de la cuestión, pasamos a continuación a analizar brevemente algunas de las conclusiones procesales alcanzadas por nuestros Tribunales.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. CONTROVERSIA SOBRE LA NECESIDAD O NO DE IMPUGNAR EL NEGOCIO JURÍDICO EN SU INTEGRIDAD

Como punto de partida de nuestro análisis, resulta muy ilustrativa la **Sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Oviedo, de 18 de febrero de 2010**, que concentrándose en un supuesto de concursado fiador, y si bien considera controvertida la rescindibilidad autónoma o aislada de las garantías otorgadas simultáneamente al contrato principal, señala que,

ajustándose al Derecho Común y a la teoría general del contrato, admitir la rescisión aislada de la garantía constituida de forma simultánea al contrato garantizado supone atacar los elementos esenciales del mismo (artículos 1261 y ss. CC), novándolo, quebrando su causa económica y el consentimiento prestado por el acreedor, pues es de presumir que la entidad bancaria, si no le hubieran sido ofrecido las garantías, no habría accedido a contratar o lo habría hecho en condiciones más gravosas. De ahí, y en consecuencia, que la citada resolución acabe por concluir que “para proceder a la

rescisión de una garantía constituida de forma simultánea a la concesión del crédito deberá impugnarse el negocio en su integridad y acreditar el carácter perjudicial del mismo, pues si juzgamos la garantía con independencia de la causa que la motiva, rompiendo artificialmente la unidad del negocio, es evidente que siempre será perjudicial”.

En este mismo sentido se pronuncia el **Juzgado Mercantil nº 2 de Barcelona**, mediante Sentencia de 1 de febrero de 2012, cuando considera que “no es posible, en principio, declarar ineficaz la garantía sin que correla-

*tivamente se declare la ineficacia de la concesión del crédito, salvo, claro está, que concurran circunstancias excepcionales o que la operación de crédito encubra un negocio distinto”. Y todo ello motivado en base a cuatro **argumentos**:*

I. En primer lugar, por cuanto lo que **la Ley Concursal sanciona con la rescisión es la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas y no las garantías que pretenden asegurar un crédito que se presta simultáneamente.**

II. En segundo lugar, porque se trataría de un supuesto de rescisión parcial o a medias, en el que se mantiene vigente el contrato principal y se anulan las garantías. Aun cuando éstas son accesorias, no por ello dejan de ser menos relevantes, pues precisamente por contar el acreedor con dichas garantías presta su consentimiento al negocio principal -la concesión del crédito-.

III. En tercer lugar y enlazando con lo anterior, por cuanto, **de accederse a la rescisión parcial, se alterarían las circunstancias por las que el acreedor prestó su consentimiento** (artículos 1261.1º y 1262 CC).

LEGISLACIÓN

www.ksp.es

- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (Normas básicas. Marginal: 24050). Art. 73.1
- Código Civil. (Normas básicas. Marginal: 3716). Arts.; 1261, 1262 y 1295

IV. En cuarto lugar y por último, por cuanto la rescisión produce como efecto la recíproca restitución de las prestaciones (artículo 73.1º LC), lo que implica restaurar la situación inmediatamente anterior al acto impugnado (**Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de junio de 1986**).

Dicha resolución, hace además hincapié en que, en los supuestos de las llamadas garantías contextuales, tan sólo se repone la situación anterior si, además de rescindir la garantía, se restituye al acreedor el crédito dispuesto. Por lo que el efecto pretendido con la demanda -la cancelación de la garantía, subsistiendo el crédito-

“La Ley Concursal sanciona con la rescisión la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas, y no las garantías que pretenden asegurar un crédito que se presta simultáneamente”

“Cuando se produce el concurso del hipotecante no deudor, su insolvencia pone en evidencia lo injustificado de la concesión de la garantía sobre deuda ajena, e impone que para reintegrar la masa, la rescisión del acto de constitución de la hipoteca no afecte a la vigencia del crédito garantizado”

JURISPRUDENCIA

www.ksp.es

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 14 de marzo de 2012, núm. 130/2012, N° Rec. 294/2009 (Marginal: 69343327)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 3 de febrero de 2012, núm. 41/2012, N Rec. 228/2011 (Marginal: 69343324)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 2 de abril de 2012, núm. 133/2012, N° Rec. 9/2012 (Marginal: 69343328)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de marzo de 2012. núm. 185/2012, N° Rec. 550/2009 (Marginal: 2389306)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 10 de julio de 2012, núm. 390/2012, N° Rec. 205/2012 (Marginal: 2399923)
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N°2 de Barcelona, N° Rec. 740/2011 (Marginal: 2371689)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 6 de febrero de 2009, núm. 58/2009, N° Rec. 607/2008 (Marginal: 69343333)

produciría una situación de hecho inédita, que nunca se habría dado y que nunca habría consentido la entidad de crédito. Es por ello, que el Magistrado

finalmente acuerda desestimar íntegramente la demanda.

Si seguimos ahondando doctrinal-

mente en esta línea que compartimos, comprobamos como según afirma Irribaren Blanco¹, “es un error, sin embargo, pensar que (los actos de constitución de garantías) se deben tratar siempre aisladamente, como si fuesen a título gratuito (...) A mi juicio el otorgamiento a su tiempo de garantía real forma parte del negocio jurídico del que hubo nacido el crédito que garantiza y sólo es rescindible juntamente con el mismo (...) Cuando la preferencia se incorpora al negocio, bien como presupuesto para su perfección o como condición de la obligación de la contraparte, es necesario adoptar, a efectos, de su rescisión, esa perspectiva más amplia que engloba al negocio y a la garantía. Lo contrario es insostenible, y además de perjudicar injustificadamente a los terceros, terminaría por ahogar a los propios deudores, a quienes resultaría mucho más difícil la obtención de crédito”.

También insiste en ello Gullón Ballesteros², al declarar que **cuando un banco concede un crédito, cualquiera que sea la forma jurídica de concesión, a un cliente, no hace sólo a cambio de los intereses, sino también de que garantice el reintegro.**

Pues bien, contrariamente a lo manifestado hasta el momento, tenemos la **Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 2014** que si admite la rescisión de una hipoteca concedida de forma simultánea al préstamo. Sus argumentos son que:

I. No puede aceptarse que la garantía y el negocio jurídico garantizado son inescindibles.

Al igual que sucede cuando se rescinde una garantía real constituida para garantizar una obligación preexistente, en el caso de garantía a

¹ Irribarren Blanco, “El acreedor con garantía hipotecaria en la Ley Concursal”, Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia.

² Gullón Ballesteros, “La acción rescisoria concursal”, Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia.

favor de tercero, el préstamo, que ha sido concertado entre el acreedor y un tercero ajeno a la concursada, queda incólume, sin perjuicio de que el prestamista pueda exigir al prestatario las consecuencias que se deriven de la rescisión de la garantía real.

II. Esta solución de la escisión no es excepcional en el régimen de reintegración del concurso, puesto que la rescisión de un acto de disposición unilateral, como el pago o la compensación, no conlleva la rescisión del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado, por lo que la rescisión afecta exclusivamente al pago o a la compensación, surgiendo para el acreedor beneficiado

“El acreedor que ve rescindida su garantía habrá de satisfacer su interés al margen del concurso, adoptando frente a su deudor las medidas que sean pertinentes con base en la obligación principal”

por el pago o la compensación la obligación de restituir la cantidad cobrada o compensada, sin que pierda su derecho de crédito, que deberá ser reconocido como crédito concursal.

III. El préstamo respecto del que se ha constituido la garantía real por quien después es de-

clarado en concurso, es un negocio jurídico celebrado entre un tercero y el acreedor beneficiado por la garantía, que no resulta afectado por la declaración de concurso del garante.

IV. El origen del crédito garantizado no se halla en el acto rescindido, y el concursado no



era el obligado a devolver tal préstamo, por lo que la rescisión no justifica el nacimiento de una deuda restitutoria en el concurso del garante. Además, acordar tal restitución como efecto de la rescisión puede suponer incluso un empeoramiento de la condición del garante respecto de la situación anterior a la rescisión que pugna con la naturaleza y finalidad del régimen de reintegración del concurso.

V. Cuando se produce el concurso del hipotecante no deudor, su insolvencia pone en evidencia lo injustificado de la concesión de la garantía sobre

deuda ajena, e impone que para reintegrar la masa, la rescisión del acto de constitución de la hipoteca no afecte a la vigencia del crédito garantizado.

VI. El perjuicio para la masa, porque el patrimonio del deudor sufrió un sacrificio patrimonial injustificado en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso o se afectó injustificadamente la par condicio creditorum, se erige en un criterio fundamental para privar de eficacia a negocios jurídicos y actos que de otro modo serían plenamente eficaces, en aras del interés del concurso.

VII. El acreedor que ve rescindida su garantía habrá de satisfacer su interés al margen del concurso, adoptando frente a su deudor las medidas que sean pertinentes con base en la obligación principal, desprovista de la garantía rescindida. Ello le supone un sacrificio evidente, pero la declaración de concurso conlleva sacrificios a los acreedores del concursado y, en general, a quienes ostentan frente a él algún derecho.

VOTO PARTICULAR

A pesar de lo anterior, y afortunadamente para los que consideramos que



la rescisión autónoma de las garantías contextuales conlleva una agresión a los requisitos esenciales que operan para la validez de los contratos, esa misma Sentencia del Tribunal Supremo contiene un voto particular, del Magistrado Don Sebastián Sastre Papiol. Dicho voto, tras destacar el nexo de causalidad jurídica existente entre los dos actos jurídicos, el préstamo y la garantía hipotecaria, el cual según se nos indica constituye su base y fundamento -pues uno es causa del otro y sin garantía no hay préstamo-, aca-

ba concluyendo **que la rescisión de una garantía constituida de forma simultánea a la concesión de un préstamo, dejando subsistente el préstamo, supone lesionar los elementos esenciales del negocio, su causa, y el consentimiento prestado en la celebración del negocio (artículos 1261.1º y 1262 CC).**

Y es partir de ahí que entiende, muy acertadamente según nuestro criterio, que **si la garantía presta-**
da por el garante concursado es

perjudicial para la masa activa, deberá rescindirse la total operación y aplicar los efectos previstos en el artículo 73.1º LC, conforme al artículo 1295 CC, la restitución recíproca de las prestaciones que “sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado”, restitución recíproca a la que se refiere el precepto concursal. ■

BIBLIOGRAFÍA

www.ksp.es

BIBLIOTECA

- MASANELLA RODRÍGUEZ, JOAQUIM; MARQUÉS VILLALONGA, JOSÉ MARÍA; ANDINA LÓPEZ, JUAN ANTONIO; ANDINO VILLASANTE, JUAN RAMÓN. *¿Dónde está mi crédito? Una guía práctica de la nueva Ley Concursal para empresarios*. Barcelona. Ed. Difusión Jurídica. 2005
- FIGUERAS GUILLEMOT, FRANCISCO JAVIER. *Prevención y recobro de impagos comerciales*. Barcelona. Ed. Difusión Jurídica. 2005

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- PEÑA AIZPURUA, VÍCTOR. *Última reforma de la Ley concursal por la Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*. Economist&Jurist Nº 185. Noviembre 2013. (www.economistjurist.es)
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, OLGA. *Efectos de la cesión de los créditos contra el concursado. Artículo 122.1.2º de la Ley Concursal*. Economist&Jurist Nº 174. Octubre 2013. (www.economistjurist.es)

CONCLUSIONES

- Expuesto lo que antecede, y si bien consideramos que los argumentos de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 2014 están perfectamente contruidos, nos declaramos más partidarios de la tesis que defiende que no se pueden mantener separados crédito y garantía a efectos rescisorios, en el sentido de que para proceder a la rescisión de una garantía constituida de forma simultánea a la concesión del crédito, además acreditar el carácter perjudicial del mismo, en cualquier caso deberá impugnarse el negocio en su integridad

PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS A LA LEY CONCURSAL POR LA LEY 9/2015, DE 25 DE MAYO



Ángel Alonso Hernández. Socio Uría Menéndez
Ana Julia Mendoza. Asociada Senior Uría Menéndez

SUMARIO

1. Acuerdos de refinanciación previos al concurso
 - 1.1) Comunicación del artículo 5bis de la Ley Concursal
 - 1.2) Acuerdos de refinanciación
 - Acuerdos de refinanciación sujetos a homologación
 - Acuerdos de refinanciación protegidos frente a acciones rescisorias
2. Soluciones al concurso
 - 2.1) Convenio de acreedores
 - 2.2) Liquidación y transmisión de unidades productivas
3. Publicidad e información a los acreedores

El 27 de mayo entró en vigor la Ley 9/2015, de 25 mayo, de medidas urgentes en materia concursal (la “Ley 9/2015”). La Ley 9/2015 tiene como precedente el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal (el “RDL 11/2014”) que modificó diversos artículos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (“Ley Concursal”).

Conviene recordar que el RDL 11/2014 introdujo, entre otras medidas, importantes reformas en la regulación de los mecanismos de solución del concurso. Por un lado, trasladó a la esfera del convenio concursal y, por tanto, a los procesos de reestructuración dentro del concurso, las medidas que el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (“RDL 4/2014”), convalidado por el Congreso y tramitado como proyecto de Ley dando origen a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre (“Ley 17/2014”), había introducido a fin de flexibilizar el régimen de los acuerdos de refinanciación previos al concurso.

Por otro lado, el RDL 11/2014 adoptó medidas de importante calado destinadas a flexibilizar y favorecer la transmisión del negocio del deudor o de una o más de sus unidades productivas.

El RDL 11/2014 fue convalidado por el Congreso en septiembre de 2014 acordándose su tramitación como proyecto de Ley. Durante la tramitación parlamentaria se han incluido ciertas modificaciones relevantes a las reformas operadas en virtud del RDL 11/2014 y, en algunos casos, a las incluidas por el RDL 4/2014 y la Ley 17/2014. El objeto de este artículo es destacar las modificaciones que consideramos más relevantes y formular una primera aproximación al alcance de estas reformas¹.

ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN PREVIOS AL CONCURSO

Comunicación del artículo 5bis de la Ley Concursal

Hasta la entrada en vigor del RDL 4/2014 la presentación ante el Juzgado competente para conocer del concurso del deudor de la comunicación prevista en el artículo 5 bis de la Ley Concursal² (la “**Comunicación 5bis**”) no conllevaba, en ningún caso, la paralización de las ejecuciones que pudieran estarse siguiendo frente al concursado ni impedía el inicio de nuevas ejecuciones, lo que reducía de manera significativa la eficacia de este mecanismo.

El RDL 4/2014 y, posteriormente, la Ley 17/2014 incluyeron entre los efectos de la presentación de la Comunicación 5bis, la paralización de ejecuciones (judiciales o extrajudiciales) sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor y la suspensión de aquellas ejecuciones



LEGISLACIÓN

www.ksp.es

- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (Normas básicas. Marginal: 24050). Arts.; 5, 5bis, 43, 71bis.1, 94.5, 95.2, 96.5, 107.2, 116.4, 124,133.2, 134, 146bis, 149, 152.1, 152.2, 155, artículo 190.3, 191ter y Disposición Adicional Cuarta
- Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. (Legislación General. Marginal: 6926462)
- Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal. (Legislación General. Marginal:6922587)
- Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (Legislación General. Marginal:690333)
- Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. (Legislación General. Marginal:6923014)

ya iniciadas. Asimismo, se dispuso la suspensión de ejecuciones singulares promovidas por acreedores titulares de pasivos financieros cuando se

justifique que acreedores titulares de un porcentaje no inferior al 51% del pasivo financiero han apoyado el inicio de negociaciones para alcanzar un

¹ El presente artículo no pretende realizar un análisis exhaustivo de las modificaciones introducidas por la Ley 9/2015 y, por tanto, no hace referencia a todas las modificaciones, sino solo a aquellas que consideramos más destacables.

² El conocido artículo 5 bis de la Ley Concursal prevé, en síntesis (y sin perjuicio de lo dispuesto en relación con los acuerdos extrajudiciales de pago), que el deudor podrá poner en conocimiento del Juez competente para conocer de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71bis.1 y en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. Formulada esta comunicación dentro del plazo previsto en el artículo 5 de la Ley Concursal para solicitar la declaración de concurso (dos meses desde la fecha en que el deudor conoció o debió conocer de su insolvencia) no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario ni se admitirán propuestas de concurso necesario durante un periodo que puede alcanzar los cuatro meses.

“La junta de acreedores también se entenderá constituida, cuando concurren acreedores que representen, al menos, la mitad del pasivo del concurso que pudiera resultar afectado por el convenio”

acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones frente al deudor durante las negociaciones³.

Las medidas adoptadas en materia de paralización de ejecuciones suscitaban importantes dudas en cuanto a su aplicación y, en particular, sobre el órgano competente para acordar la paralización de las ejecuciones, así como para determinar qué bienes o derechos debían considerarse necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor⁴.

Ante las dudas surgidas sobre ésta y otras reformas introducidas por el RDL 4/2014, el RDL 11/2014 y la Ley 17/2014 los Jueces de lo mercantil de Cataluña y, en particular, los Jueces de lo mercantil de Madrid hicieron públicas sus conclusiones sobre la reforma con el fin de ofrecer ciertos criterios interpretativos⁵. **La Ley 9/2015 clarifica las dudas interpretativas en materia de paralización de ejecuciones recogiendo en gran medida los criterios interpretativos propuestos por los Jueces de lo mercantil de Madrid.** En este sentido, la Ley 9/2015 dispone lo siguiente:

(I) El deudor tiene la carga de indicar en su Comunicación 5bis las ejecuciones que se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes o derechos que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial. El secretario judicial deberá dejar constancia de esta información en el decreto por el cual tenga por efectuada la Comunicación 5bis.

(II) En caso de discrepancia sobre el carácter necesario del bien, quienes tengan interés legítimo podrán recurrir el decreto del secretario judicial ante el Juez de lo mercantil competente para conocer del concurso. Por tanto, se aclara que es el Juez de lo mercantil competente para conocer del concurso a quien corresponde decidir sobre el carácter necesario o no de los bienes o derechos objeto de ejecución.

(III) La suspensión de las ejecuciones corresponde al Juez que este conociendo de la ejecución, quien deberá acordarla

con la presentación del decreto del secretario judicial que tenga por efectuada por la Comunicación 5 bis. La suspensión quedará levantada si el Juez competente para conocer del concurso determina que los bienes o derechos no tienen el carácter de necesarios.

Si bien la Ley 9/2015 no lo precisa, en línea con lo manifestado en las Conclusiones sobre la Reforma de los Jueces de lo mercantil de Madrid, entendemos que el Decreto del secretario judicial que tenga por efectuada la Comunicación 5bis deberá ser notificado a los ejecutantes en los distintos procedimientos ejecutivos, quienes tendrán legitimación para impugnar el referido Decreto mediante recurso de revisión ante el Juez de lo mercantil competente para conocer del concurso.

Acuerdos de refinanciación

- Acuerdos de refinanciación sujetos a homologación

El RDL 4/2014 introdujo una regla especial aplicable a los acreedores de pasivos financieros sindicados en el contexto de un acuerdo de refinanciación sujeto a homologación (Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal). En concreto, esta norma dispuso que en caso de préstamos sindicados, se entenderá que los acreedores prestamistas suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75% del préstamo sindicado, salvo que el régimen de sindicación prevea una mayoría inferior en cuyo caso sería

³ Los acreedores con garantía real pueden ejercitar la acción real frente a los bienes o derechos sobre los que recaiga su garantía, sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento éste quede paralizado.

⁴ En relación con la competencia para determinar qué bienes son o no necesarios para la actividad del deudor, algunos autores defendían la competencia del Juez que conoce de la ejecución (Vid. SENES, Carmen. La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores. En: Anuario de Derecho Concursal. Número 33. Septiembre - Diciembre 2014, pag. 81).

⁵ Hacemos referencia, por un lado, a las conclusiones de la reunión de Magistrados de lo mercantil de Madrid de fechas 7 y 21 de noviembre sobre unificación de criterios de aplicación de las reformas de la Ley Concursal operadas por el Real Decreto Ley 11/2014 y la Ley 17/2014 (“Conclusiones sobre la Reforma”) y, por otro, a los acuerdos de los Jueces de lo mercantil y Secretarios Judiciales de Cataluña en el seminario de 3 de julio de 2014.

ésta la que resulte aplicable.

El alcance de esta disposición en su redacción original generaba importantes dudas. En un extremo, la redacción podía llevar a la conclusión (no exenta de controversia) de que a los acreedores disidentes en el marco de un préstamo sindicado no se les extienden los efectos del acuerdo de refinanciación, sino que quedan directamente vinculados si éste es suscrito por acreedores que representen el 75% del pasivo sindicado⁶, negándose incluso la posibilidad de que pudieran impugnar el acuerdo. Frente a esta interpretación, se planteó la posibilidad de interpretar que la regla especial prevista en relación con el pasivo sindicado era únicamente de aplicación a efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación del acuerdo de refinanciación y la extensión de sus efectos y, en consecuencia, que: (i) los efectos del acuerdo de refinanciación solo podrían extenderse a los acreedores disidentes de préstamos financieros sindicados si se alcanzan tales mayorías, y (ii) que los acreedores disidentes de préstamos financieros sindicados mantiene en todo caso esa condición y tiene, por tanto, legitimación para impugnar el acuerdo de refinanciación⁷.

La Ley 17/2014 mejoró la redacción de la norma al añadir que dicha regla era de aplicación “a los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación y la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes”. Por tanto, aclaró que la regla especial solo permitía que el pasivo financiero sindicado disidente sea computado a fin de determinar si se alcanzan las mayorías necesarias para

JURISPRUDENCIA

www.ksp.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de marzo de 2014, núm. 145/2014, Nº Rec. 761/2012, (Marginal: 2450729)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 6 de marzo de 2012, núm. 119/2012, Nº Rec. 62/2010, (Marginal: 69344056)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de fecha 24 de noviembre de 2010, núm. 347/2010, Nº Rec. 440/2010, (Marginal: 2252557)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de abril de 2010, núm. 227/2010, Nº Rec. 76/2009, (Marginal: 2157706)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de septiembre de 2010, núm. 564/2010, Nº Rec. 683/2007, (Marginal: 2247448)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 548/2010, Nº Rec. 1924/2006, (Marginal: 2246091)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de septiembre de 2009, núm. 590/2009, Nº Rec. 253/2007, (Marginal: 69344053)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 23 de marzo de 2009, núm. 128/2009, Nº Rec. 38/2009, (Marginal: 326181)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 20 de febrero de 2009, núm. 66/200*9, Nº Rec. 513/2008, (Marginal: 69344061)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de septiembre de 2009, núm. 589/2009, Nº Rec. 202/2007, (Marginal: 69344054)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 13 de febrero de 2009, núm. 94/2009, Nº Rec. 589/2008, (Marginal: 69344058)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de enero de 2009, núm. 1232/2009, Nº Rec. 341/2007, (Marginal: 313983)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de enero de 2009, núm. 1231/2009, Nº Rec. 842/2007, (Marginal: 313982)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 15 de diciembre de 2008, núm. 695/2008, Nº Rec. 567/2008, (Marginal: 69344059)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 26 de abril de 2007, núm. 228/2007, Nº Rec. 686/2006, (Marginal: 69344060)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 22 de septiembre de 2006, núm. 313/2006, Nº Rec. 63/2006, (Marginal: 69344062)

⁶ En este sentido: CERDÁ, Fernando. La extensión de efectos del acuerdo de refinanciación, homologado judicialmente, a los acreedores disidentes o no partícipes. En: Anuario de Derecho Concursal. Número 33. Septiembre - Diciembre 2014, pag. 150.

⁷ YÁÑEZ EVANGELISTA, Javier y Carlos NIETO DELGADO. Refinanciaciones: rescisión y extensión de efectos. En: Anuario de Derecho Concursal. Número 32. Mayo - Agosto 2014, pag. 181.

“El deudor tiene la carga de indicar en su Comunicación 5bis las ejecuciones que se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes o derechos que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial”

para, en su caso, extender los efectos a los acreedores de pasivos sindicados disidentes quienes conservarían su derecho a impugnar el acuerdo¹⁰. No obstante, ante las idas y venidas en la redacción de esta norma, habrá que estar muy atentos a la interpretación que realicen los Jueces de lo mercantil.

- Acuerdos de refinanciación protegidos frente a acciones rescisorias

la homologación del acuerdo de refinanciación y la extensión de efectos⁸.

La Ley 9/2015 ha eliminado la precisión incluida por la Ley 17/2014, lo que muy probablemente hará resurgir las dudas sobre el alcance de la regla especial aplicable a pasivos financieros sindicados. En este sentido, debe tenerse en cuenta que los Jueces de lo mercantil de Madrid, en la referidas Conclusiones sobre la Reforma se han manifestado reticentes a realizar una interpretación amplia que lleve a considerar esta norma como una “disposición imperativa o limitativa de la autonomía de los préstamos sindicados”⁹. Lo cierto es que incluso con la redacción original (similar a la vigente tras la Ley 9/2015) existían argumentos para sostener que la regla especial en materia de sindicatos es solo una regla a efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación de un acuerdo de refinanciación y que, por tanto, sigue siendo necesario que estas se alcancen



⁸ Solo si se alcanzan tales mayorías se podrían extender los efectos del acuerdo de refinanciación al pasivo financiero sindicado disidente, que además conservaría su legitimación para impugnar el acuerdo de refinanciación en los términos del apartado 9 de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal. Esta es la conclusión que alcanzaron los Jueces de lo mercantil de Madrid en las Conclusiones sobre la Reforma tras la modificación de la norma introducida por la Ley 17/2014.

⁹ Referencia incluida por los Jueces de lo mercantil de Madrid en sus Conclusiones sobre la Reforma al tratar las diferentes interpretaciones posibles de la norma.

¹⁰ Los Jueces de lo mercantil de Madrid señalan en sus Conclusiones sobre la Reforma que tal interpretación “podría basarse en el distinción que se hacía en los párrafos 3 y 4 de la Disposición Adicional 4ª entre los acreedores afectados por el acuerdo que no lo suscriben y los que muestran su disconformidad, deduciéndose que esta última categoría únicamente podría venir referida a los acreedores integrados en un préstamo sindicado que por imperativo legal se tienen por adheridos.”

La Ley 9/2015 extiende la regla especial de votación aplicable a pasivos sindicados a los acuerdos de refinanciación a los que hace referencia el artículo 71bis.1 de la Ley Concursal (acuerdos de refinanciación protegidos frente a acciones rescisorias). No obstante, **en este caso, la Ley 9/2015 sí especifica que la regla especial es únicamente a los efectos del cómputo de la mayoría del pasivo necesaria para el cumplimiento de los requisitos** (tres quintos del pasivo del deudor).

SOLUCIONES AL CONCURSO

Convenio de acreedores

El RDL 11/2014 llevó a cabo una profunda reforma en la regulación de los convenios de acreedores. La Ley 9/2015 complementa y en algunos casos aclara ciertas dudas surgidas a la luz de dicha reforma.

Por un lado, **en relación con el contenido del convenio de acreedores, se dispone con claridad que las propuestas a las que hace referencia el apartado dos del artículo 100 de la Ley Concursal** (entre otras, conversión del crédito en acciones o participaciones, obligaciones convertibles, créditos subordinados o participativos) **solo pueden incluirse en el convenio de acreedores como proposiciones “alternativas” o “adicionales” para los acreedores a las quitas o esperas que configuran el contenido mínimo del convenio y que, por tanto, deberán incluirse en todo caso en la propuesta.**

A pesar de que con el RDL 11/2014 se introdujo la posibilidad de extender

“La suspensión de las ejecuciones corresponde al Juez que este conociendo de la ejecución”

los efectos del convenio de acreedores a acreedores privilegiados, el quórum para la constitución de **la junta de acreedores no se modificó y, en consecuencia, se seguía requiriendo la concurrencia de la mitad del pasivo ordinario del concurso** (artículo 116.4 Ley Concursal). **La Ley 9/2015 aborda este tema y añade que la junta de acreedores también se entenderá constituida, cuando concurran acreedores que representen, al menos, la mitad del pasivo del concurso que pudiera resultar afectado por el convenio.**

Por último, se modifica el artículo 124 de la Ley Concursal en relación con las mayorías aplicables para la aprobación del convenio. Se dispone así que **a efectos del cómputo de las mayorías para la aprobación del convenio de acreedores se consideraran incluidos en el pasivo ordinario del concurso los acreedores privilegiados que voten a favor de la propuesta.** La Ley 9/2015 añade también que si no se alcanzan las mayorías previstas en el artículo 124 de la Ley Concursal el convenio quedará rechazado. En consecuencia, se aclara que aun cuando se alcancen las mayorías previstas en el artículo 134 de la Ley Concursal en relación con una o más clases de acreedores privilegiados, el convenio no se entenderá aprobado si no se alcanza la mayoría general.

Liquidación y transmisión de unidades productivas

El RDL 11/2014 apostó firmemente por las reestructuraciones mediante la transmisión del negocio de la sociedad concursada como negocio en marcha o de una o más unidades productivas, de forma que la actividad económica continúe desarrollándose en cabeza de un tercero. En esta línea, la Ley 9/2015 extiende formalmente las reglas previstas en el artículo 149 de la Ley Concursal a las transmisiones de unidades productivas que se realicen en la fase común del concurso (artículo 43 Ley Concursal), lo que resulta particularmente relevante a efectos de la posible limitación de responsabilidad derivada de la sucesión de empresa en materia de salarios o indemnizaciones pendientes de pago frente a los trabajadores con el límite del importe asumido por el Fondo de Garantía Salarial. Asimismo, la Ley 9/2015 aclara expresamente que tanto las reglas del artículo 149 de la Ley Concursal, como las especialidades aplicables a la transmisión de unidades productivas (artículo 146bis Ley Concursal) son de aplicación en el marco del procedimiento abreviado y, en concreto, al procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de plan de liquidación (artículo 191ter Ley Concursal)¹¹.

Por otro lado, la Ley 9/2015 da una nueva redacción al artículo 149 de la Ley Concursal (que pasa de denomi-

¹¹ El artículo 190.3 de la Ley Concursal establece que el Juez aplicará necesariamente el procedimiento abreviado cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una oferta vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento.



narse “reglas supletorias de la liquidación” a simplemente “reglas legales de liquidación”) a fin de aclarar las dudas existentes en cuanto al carácter supletorio, o no, de las distintas reglas previstas en este artículo cuando la liquidación se lleva a cabo de con-

formidad con un plan de liquidación. La Ley 9/2015 dispone que **tendrán carácter supletorio** (en defecto de plan de liquidación o en los que no hubiere previsto el plan de liquidación aprobado) **las reglas contenidas en el apartado primero, así como lo**

previsto en el apartado segundo en relación con la enajenación de bienes y derechos en los términos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No se prevé el carácter supletorio en relación con los otros apartados del artículo por lo que, en principio, cabe interpretar que estos son de aplicación con carácter general.

Por último, la Ley 9/2015 ha venido a introducir un apartado adicional (quinto) al artículo 155 de la Ley Concursal, para establecer que **en caso de realización de bienes o derechos afectos a un crédito con privilegio especial** (siendo el caso más común, bienes o derechos sujetos a una garantía real), **el acreedor privilegiado se hará con el montante total obtenido que no exceda de la “deuda originaria”**. Por lo tanto, parece que la Ley 9/2015 ha querido aclarar que en aquellos casos en los que se realicen bienes o derechos afectos a un privilegio especial no operará como límite al recobro el “valor de la garantía”¹². No obstante, se trata de una cuestión sin duda controvertida que probablemente seguirá generando

BIBLIOGRAFÍA

www.ksp.es

BIBLIOTECA

- BROSA ABOGADOS Y ECONOMISTAS. *Código concursal de la empresa*. Madrid Ed. Difusión Jurídica. 2010
- TORVISCO MANCHÓN, BEATRIZ. *La información financiera en los procesos concursales*. Barcelona. JM Bosch Editor. 2005

ARTÍCULOS JURÍDICOS

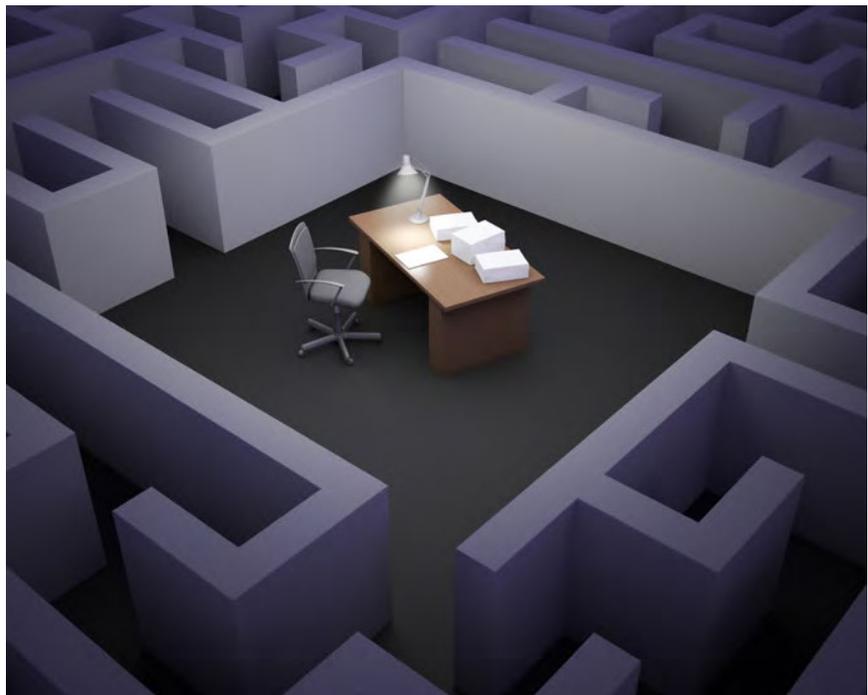
- TORREDEMÉR, FRANCESC. *Modificaciones a la Ley Concursal introducidas por el Real Decreto 1/2015, de 27 de febrero*. Economist&Jurist N° 190. Mayo 2015. (www.economistjurist.es)
- PAVÓN, CARLOS; BLÁZQUEZ, AUXILIADORA y QUEROL, CARMEN. *Reforma de la Ley Concursal (Real-Decreto Ley 4/2014 de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial)*. Economist&Jurist N° 179. Abril 2014. (www.economistjurist.es)

interpretaciones encontradas en un futuro.

PUBLICIDAD E INFORMACIÓN A LOS ACREEDORES

La Ley 9/2015 pretende mejorar el flujo de información hacia los acreedores durante el concurso. En este sentido, **se establece que la administración concursal debe facilitar a todos los acreedores de cuya dirección electrónica tenga conocimiento, en paralelo a su presentación ante el Juzgado, los distintos informes que presenta a lo largo del concurso**¹³. Antes de la reforma, los acreedores no personados en el procedimiento que querían tener acceso a esta información debían solicitarla al Juzgado.

Asimismo, la Ley 9/2015 ha ordenado la creación de un portal dentro



del Registro Público Concursal al que la administración concursal deberá facilitar, en caso de liquidación, infor-

mación detallada para dar publicidad y facilitar la enajenación del negocio o de unidades productivas. ■

CONCLUSIONES

- La Ley 9/2015, si bien no implica una reforma profunda, si aclara algunas de las dudas surgidas en la aplicación de las reformas introducidas por la Ley 17/2014 y el RDL 11/2014. En particular, clarifica cuestiones prácticas en materia de paralización de ejecuciones como consecuencia de la presentación de una Comunicación 5 bis, en relación con el contenido mínimo del convenio de acreedores y con ciertas reglas aplicables a la liquidación concursal
- Por otro lado, la norma reabre el debate en cuanto al alcance de la regla de mayoría prevista en el contexto de acuerdos de refinanciación sujetos a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal para acreedores de pasivos financieros sindicados (75% del pasivo financiero sindicado) y mejora significativamente el flujo de información hacia los acreedores durante el concurso

¹² Tras las modificaciones introducidas por la Ley 17/2014 y el RDL 11/2014 el privilegio especial de los acreedores sobre determinados bienes o derechos del deudor solo se extiende al “valor de la garantía” determinado de conformidad con lo establecido en el artículo 94.5 de la Ley Concursal.

¹³ En particular, el informe de la administración concursal (artículo 95.2 Ley Concursal), (ii) los textos definitivos del inventario y la relación de acreedores una vez tramitadas las eventuales impugnaciones (artículo 96.5 Ley Concursal), (iii) su informe de evaluación de una propuesta anticipada de convenio en caso de que sea desfavorable o con reservas (artículo 107.2 Ley Concursal), (iv) informes periódicos sobre la liquidación (artículo 152.1 Ley Concursal), y (v) rendición de cuentas en caso de aprobación de un convenio de acreedores (artículo 133.2 Ley Concursal) o de conclusión del concurso por liquidación (artículo 152.2 Ley Concursal).

ASISTENCIA LETRADA E IDIOMÁTICA DEL DETENIDO EN ATENCIÓN A LA ÚLTIMA REFORMA PROCESAL

Dr. Ricardo Yáñez Velasco. Profesor de Derecho procesal. Magistrado

SUMARIO

1. La detención policial y la inadmisibles asistencia testimonial del abogado
2. La detención policial
3. El tiempo de la privación de libertad
4. La imputación
5. El obstáculo del idioma extranjero y la autodefensa del inculpado

La Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, modifica la LOPJ y la LECr en transposición de las Directivas 2010/64/UE (20-X-10) y 2012/13/UE (22-V-12), sobre derechos de interpretación, traducción e información, y entrará en vigor el 27 de mayo y de octubre del presente¹. Buena excusa para repasar puntos calientes de la intervención letrada en el ámbito penal que, sea por inercia, connivencia, conformismo, cobardía, desesperación o impotencia hacen patentes desajustes muy significativos en el derecho de defensa.

LA DETENCIÓN POLICIAL Y LA INADMISIBLE ASISTENCIA TESTIMONIAL DEL ABOGADO

El legislador de la reforma, destaca en el Preámbulo de la LO 5/2015 el **derecho del inculpado a ser informado de los hechos que se imputan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de**

la investigación y hechos imputados, subrayando el derecho a examinar con la debida antelación las actuaciones. Particularmente y bajo la normativa europea, inmediatamente para detenidos y presos y sin demora injustificada para imputados, se proporcionará la información fundamental para valorar la legalidad de la detención o privación de libertad.

De este modo, el acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar esa situación, encierra el inevitable riesgo de que sea la Policía la que cercene la información bajo su propio criterio de lo esencial, cuando tendría que ser el propio letrado defensor el que valorase lo que puede o no puede ser fundamental. En realidad, **la ple-**

¹ La reforma de los arts. 123 a 127 LECr entrará en vigor el 28 de mayo, mientras que la reforma de los arts. 118, 302, 505.3, 520.2, 3 y 5 y 775 LECr y el art. 231.5 LOPJ lo hará el 28 de octubre.

nitud de la asistencia letrada al detenido parte del conocimiento de los hechos que supusieron la detención, que cuando menos no podrán desligarse del relato criminoso que a aquél se le atribuye. La imposibilidad de acceder a esos contenidos impide la asistencia técnica, mientras que la misma es por naturaleza necesaria antes de cualquier diligencia policial que involucre al inculcado, por ejemplo su declaración, sin que la presencia muda pueda ser considerada asistencia propia de un profesional llamado a asesorar al detenido. El hecho que pueda solicitar, terminada la diligencia en la que no pudo intervenir activamente, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, no soluciona los problemas de conocimiento. Quizá sólo pueda deducir los hechos incriminados según el tipo de preguntas que se hayan planteado por la policía, aunque eso sólo en el supuesto que su cliente haya querido declarar. De hecho, **aunque el letrado también puede solicitar la consignación en acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica, en sentido propio la limitación de su cliente con anterioridad a la diligencia o la falta de acceso a datos relevantes no se habrían producido durante esa práctica, en la que el letrado acaba por ser una especie de espectador cualificado.** Si finalizada la diligencia po-

LEGISLACIÓN

www.ksp.es

- Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales. (Legislación General. Marginal: 6925965)
- Ley de Enjuiciamiento Criminal. (Normas básicas .Marginal: 3544). Arts.; 123 a 127, 118, 118.1, 118.3, 302, 400,505, 505.3, 520, 520.2, 520.3, 520.5, 520.6, 714, 775, 775 I y 775.2 II
- Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial. (Normas básicas. Marginal: 44). Arts.; 321.5, 418.5°
- Constitución española. (Normas básicas. Marginal: 1) Arts.; 17, 17.2 y 17.3
- Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado. (Legislación General. Marginal: 23573)
- Código Penal. (Normas básicas. Marginal: 14269). Art. 58

“El conocimiento letrado de las actuaciones policiales se extiende a diligencias formales, no en vano el letrado habría de instar la lectura de derechos a su cliente o la asistencia médica si advierte que lo uno o lo otro no han tenido lugar”

“Las actuaciones policiales de investigación dejan de ser reservadas cuando se produce la detención, por lo que si la Policía entendiera que procede la declaración de reserva según la ley procesal penal, que es competencia del juez instructor, a éste debería llevarse el trabajo policial realizado a fin de que se produjera la detención al tiempo que la declaración del secreto”

licial su cliente es puesto en libertad, la supuesta asistencia letrada al detenido palidece como absurdo jurídico.

Según el actual art. 520.6.a LECr, parece que **el conocimiento letrado de las actuaciones policiales se extiende a diligencias formales, no en vano el letrado habría de instar la lectura de derechos a su cliente o la asistencia médica si advierte que lo uno o lo otro no han tenido lugar.** Pero si no puede verificarlo documentalmente ni hablar con el detenido, la solicitud llegará, “en su caso”, sin saber si eso ha ocurrido. Es de suponer que se le permitiría estar presente en esa lectura de derechos o en la conducción del sujeto hasta el médico, evitando que el profesional se mantenga ante idéntica incertidumbre que cuando llegó a la comisaría. De hecho, la explicación de derechos por parte de su letrado sería la forma óptima para facilitar la comprensión del detenido, pero eso no ocurre cuando no se le permite hablar con su cliente, aun

sin reserva, antes o durante la diligencia policial de interrogatorio. Al cabo atendemos a un sinsentido muy difícil de justificar bajo el parámetro constitucional del art. 17 CE.

LA DETENCIÓN POLICIAL

El art 520 LECr es precepto fundamental en la determinación de los derechos del detenido o preso. Su contenido suele aislar determinadas actuaciones exclusivas de la Policía, pero el privado de libertad a disposición del personal judicial disfruta igualmente de ese régimen positivo llamado a garantizar sus derechos. Por eso, cuando con la Ley 38/2002 se redactó el párrafo segundo del actual art. 775 LECr, introduciendo la entrevista del letrado con su cliente tanto antes como después de la diligencia de interrogatorio del imputado, se afectó sin el rango legal debido la regla de que la **“entrevista reservada”** sólo podía tener lugar después de la diligencia (art. 520.6.c LECr).

Obviamente el derecho a entrevistarse sólo tenía lógica si la privación de libertad se mantenía con la puesta a disposición judicial del detenido. De lo contrario, libres serían abogado e inculcado para entrevistarse cómo y cuándo quisieran². Pero la disfunción ofrece una interpretación sistemática de indudable valor.

En el ámbito judicial acaba por ser irrelevante porque a nadie escapa que “después” de la diligencia policial –donde el art. 520.6.c LECr permite expresamente la entrevista reservada del letrado con su cliente detenido– es “antes” de la diligencia judicial. El letrado puede anticipar esa entrevista en sede judicial al momento que acaba la habida en dependencias policiales. De hecho, es lo más recomendable. Puede así preparar la intervención ante el juez, incluso haberse proveído de urgencia de medios de prueba documentales o testificales que eludan postergar una eventual comparecencia del art. 505 LECr según su apt. 3, o incluso le permitan defender el sobreesimiento. Conflicto añadido que no provea la Policía de los datos suficientes para completar esa entrevista, como ya se adelantó. Pero la reforma legal de la ley 38/2002 permitió la analogía procesal del art. 775 II LECr sobre el art. 520.6.d LECr, en virtud de un argumento a fortiori: si ante la autoridad judicial, a no dudarle más garante que cualquier otro órgano administrativo implicado en la detención, se plantea la posibilidad de una entrevista previa, con más razón cuando el detenido se encuentra a disposición de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Y a ello no empece la diferenciación en el fundamento de una y otra (STC 196/1987, 11-XII)

² Con todo, tanto policial como judicialmente, existe al respecto un actuar de sentido común cuando puesto en libertad el sujeto se inste la dicha entrevista “reservada”, sin que la Policía o la Administración judicial pueda negar la instalación mínima para ejercitar ese derecho. No es admisible que en su lugar se indique amablemente solicitante la salida hasta la calle, como lamentablemente ocurre en ocasiones.

porque como elenco de derechos no importa que el detenido lo sea policial o judicial (STC 115/1987; STE-DH Van der Leer vs. Países Bajos, 21-II-1990). Sin embargo, **la Policía viene a ser contraria al contacto del letrado con el detenido si no es ya en el curso de la diligencia de interrogatorio. Incluso en ésta se puede llegar a limitar la lógica asistencia técnica, desvaneciéndose su realidad y, a veces, abocando al incomprensible enfrentamiento entre el letrado y la fuerza pública.** Habría que preguntarse cuáles son las razones de fondo para ese tipo de cerrazón, por demás esquiva del Derecho comunitario europeo y su preeminencia normativa sobre el nacional.

A veces se alude a mecanismos de presión sobre el detenido o terceros, a fin de obtener información valiosa para la investigación en curso. Incluso hay quien sostiene la detención policial como un criticable modo de sancionar; un castigo que salvo por ulteriores compensaciones en caso de recaer prisión que deba cumplirse (art. 58 CP) quedará como perenne perjuicio para el detenido. Mucho podría comentarse sobre la rectitud en los motivos de la detención por la policía, sea la detención para identificación ante la sospecha de un delito que puede cometerse pero aún no ha tenido lugar³, o particularmente en el exceso de celo precalificador que propicia el mantenimiento de una gravedad diluida en la determinación del presunto injusto cuando llega al juez de guardia. Típica la anécdota de acudir a comisaría por un intento de homicidio que acaba resultando mera falta de lesiones, u otros ejemplos por el estilo. En sede judicial esos supuestos suprimen la justificación

“La reforma de la LO 5/2015 reconoce el Derecho del inculcado a ser informado de los hechos que se le imputan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y hechos imputados, subrayando el derecho a examinar con la debida antelación las actuaciones”



JURISPRUDENCIA

www.ksp.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de noviembre de 2014, núm. 734/2014, N° Rec. 289/2014, (Marginal: 69342574)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de abril de 2012, núm. 288/2012, N° Rec. 1676/2011, (Marginal: 2389948)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de marzo de 2012, núm. 127/2012, N° Rec. 1334/2011, (Marginal: 69342572)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de julio de 2009, núm. 768/2009, N° Rec. 1117/2008, (Marginal: 327744)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de junio de 2005, núm. 722/2005, N° Rec. 743/2004, (Marginal: 227938)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de julio de 2005, núm. 919/2005, N° Rec. 419/2004, (Marginal: 229137)

policial habida, lo que no suele deducir ninguna detención ilegal, sujeta a un régimen de valoración mucho más exigente que la mera comparación de calificaciones. Pero no omitiremos supuestos en los que, practicada la prueba en el juicio oral, se concluye en la más grave calificación de la

Policía respecto de la erróneamente planteada por el fiscal.

EL TIEMPO DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Dejando para otro momento el

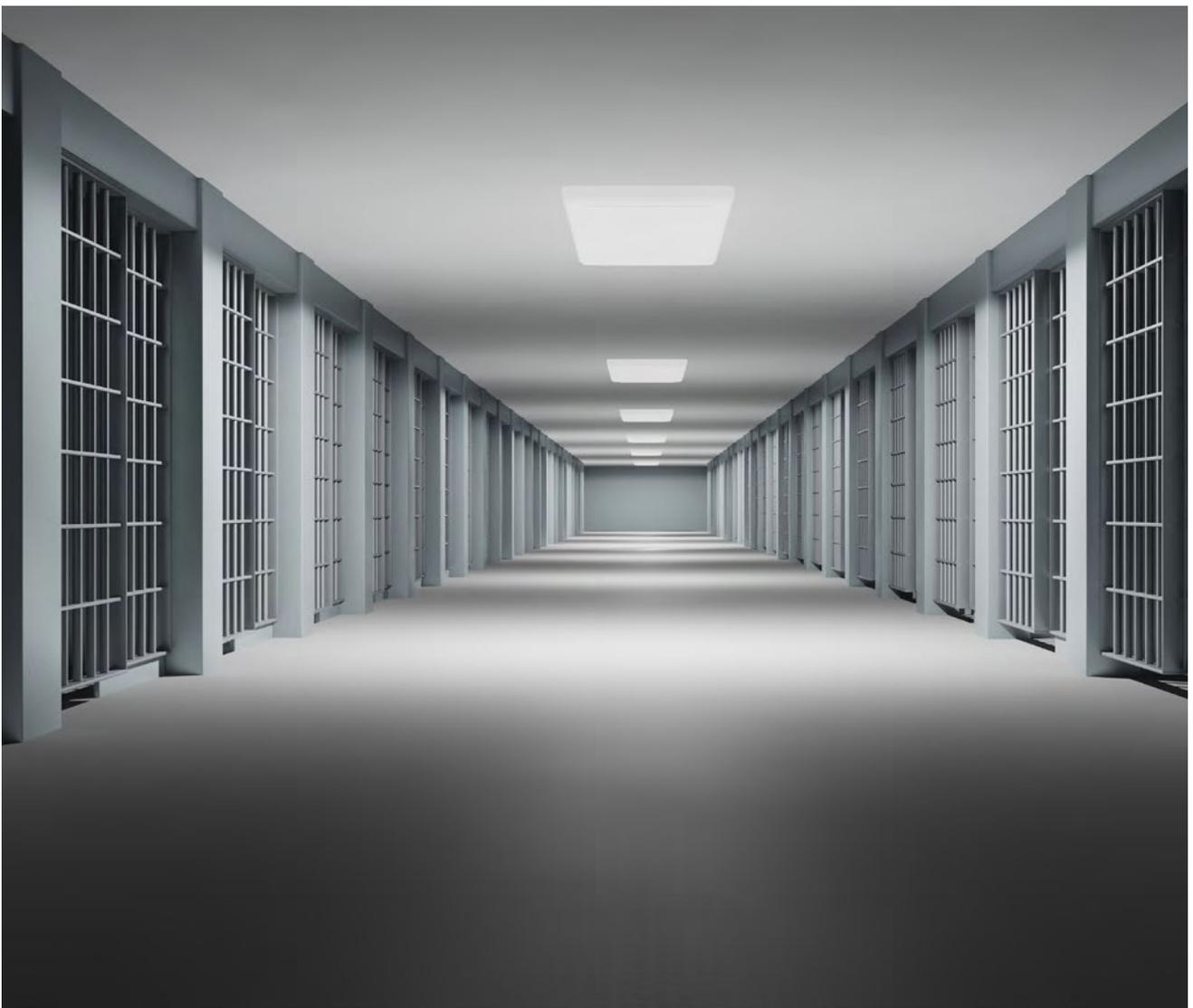
³ Cfr. SsTC 341/1993, 18-XI u 86/1996, 21-V. Ya con STC 178/1985 se indicaba que la orden o requerimiento para el desplazamiento con fines de identificación sólo podrá afectar a quienes “pueda presumirse que se hayan en disposición actual de cometer un ilícito penal”, o bien “hayan incurrido ya en una ‘infracción’ administrativa”.

análisis de la causalidad de la detención –en no pocas ocasiones bajo las directrices del Ministerio fiscal o las guías obtenidas de prácticas judiciales–, merece ahora un apunte el tiempo de esa detención. Y se hace obligado un paréntesis para subrayar la perspectiva de los agentes de la autoridad. En muchos casos son testimonios presenciales de delitos flagrantes, desplegando a diario la contención emocional de seguir actuando correctamente pese a toda suerte de improperios y conductas de quien sigue siendo, a vista de la Ley, un presunto autor de ilícitos penales. **La desviación del poder es una tentación incontestable, y bien**

puede ser la base de un intento de castigar inmediatamente al detenido, tanto con el trato dispensado como con el tiempo de privación de su libertad en los calabozos de una comisaría. Aunque no sólo se trataría de una actuación de esos testigos directos sino de quienes como sus superiores y otros compañeros controlan la privación de libertad, haciéndose notar que contra más pronto abandone la comisaría el detenido, libre o a disposición judicial, más pronto desaparece la posición de garante que les corresponde, de los riesgos que eso implica y, por supuesto, de un trabajo adicional de custodia que también requiere dedi-

cación específica, dicho sea que por muchos motivos no siempre, o casi nunca, agradable ni cómoda.

Sentado lo anterior podría concluirse que acaso haya más razones en el mantenimiento de la detención que no las ya apuntadas –posibles pero discutibles como generalizadas–, con implicación directa o indirecta tanto de abogados como de jueces instructores. En alguna ocasión **ha sido ejercicio interesante revisar las horas de detención y compararlas con las horas de presencia del letrado en comisaría para cumplir con la asistencia al detenido, en especial cuando**



el juzgado de guardia tiene conocimiento de la detención pero se retrasa la puesta a disposición porque el atestado no está cerrado al faltar la diligencia policial de interrogatorio. A veces se ha llegado a ordenar la puesta a disposición sin la misma a sabiendas de la falta de entidad del asunto, resolviendo sobre la situación personal del sujeto sin necesidad de tomarle declaración como imputado –dado que sería inviable sin letrado–, o porque se califica el hecho de falta y así resulte innecesaria la tal declaración. En esos casos, a veces, se ha llegado a descubrir que la llamada “inmediata” al Colegio de abogados no lo es tanto, y ello porque no se sujeta a un horario ininterrumpido sino que se ajusta a límites horarios advertidos de manera verbal a la Policía. **A determinadas horas de la noche ya no hay comunicación, se espera hasta primera hora de la mañana, desde donde comenzarán las ocho horas de plazo que tiene el letrado para acudir a comisaría, dilatando incluso a primeras horas de la tarde el momento en que el atestado puede concluirse.** Y a continuación puede incluso que en servicios de guardia de ocho días se observen peculiaridades dependiendo de los jueces o juezas de instrucción que los sirven. Peculiaridades que ya conoce la Policía, obrando en consecuencia. Quizá cualquier letrado que asista fuera de las grandes capitales podría explicar si en algunos partidos se ponen a disposición detenidos por la tarde o solo por la mañana, o si algunos jueces o juezas no suelen acudir los domingos, y así detenidos que podrían haber sido puestos a disposición ese día lo son los lunes como regla. Habría que preguntarse hasta qué punto la curia y la judicatura no influyen directamente en el actuar policial y el mantenimiento de las detenciones durante más tiempo del necesario. Sin embargo, lo más llamativo acaba

siendo por qué, en un gran número de casos, la Policía no resuelve la libertad del detenido y mantiene su privación para que sea el órgano judicial quien valore el particular. No se trata, por consiguiente, **de supuestos en los que la privación enlaza con la continuidad eficaz de diligencias policiales vinculadas, sino que muy difícilmente pueden encontrarse razones distintas de un actuar precautelar en atención a una posible prisión provisional.** Porque no puede olvidarse que la finalidad de la preventiva detención que la mantiene lícita, con base en el art. 17.2 CE, son las “averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”, que abarca tanto las primeras investigaciones, siempre diligentes y nunca demoradas, como el aseguramiento de los presuntos responsables civiles y de las pruebas.

En este sentido, **con base en la precalificación jurídico-penal que efectúan los propios agentes de la autoridad, resultaría de todo punto inviable acordar la prisión provisional del individuo en buen número de asuntos, de hecho los más frecuentes** (hurtos, robos con fuerza y de uso, receptaciones, tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud, falsificación de documentos por particulares). Quizá en materia de violencia sobre la mujer se han modificado conductas muy restrictivas sobre el presunto agresor, advirtiendo en los últimos años de qué modo muchos inculpados no pasan a disposición judicial a diferencia de lo que ocurría con anterioridad, asumiendo la autoridad gubernativa –como debe asumir– la responsabilidad de valoración sobre peligrosidad y no dejándola en todo caso en manos del órgano judicial.

Si observamos la estadística de los detenidos puestos a disposición judicial que salen libres con

cargos y los que ingresan como presos provisionales, nos daremos cuenta de la enorme disfunción existente para los primeros, que habrán estado privados de libertad, según los casos, hasta setenta y dos horas de su vida.

El hecho que en la instrucción judicial, a la hora de alzar la detención, se dicte mecánicamente la libertad provisional sin fianza o comparecencias apud acta inmotivadas asociadas a esa libertad cautelar, no parece de suficiente entidad para justificar el tiempo adicional de privación de libertad que se ha sufrido. El juez instructor valorará la imposibilidad de convocar la comparecencia del art. 505 LECr o simplemente liberará al detenido porque nadie insta prisión provisional. Consecuencia inmediata, el funcionario que tramita la causa imprime el modelo de libertad provisional para firma, una vez el detenido haya declarado como imputado. Muy lejos queda el paradigma de evitar la tentación policial de agotar el último tiempo máximo de 72 horas frente a las originales 24 horas de la LECr o el mínimo indispensable inferior. Pues, si se demuestra que las averiguaciones pertinentes ya se habían concluido o podían haberse concluido antes, agotar un plazo mayor, aun sin superar el límite expuesto, vulneraría el derecho a la libertad y la seguridad (por ejemplo STC 31/1996, 27-II; cfr. STEDH Günay vs. Turquía, 29-IX-2001). Pero no parece que exista un examen crítico y estricto de esta constante en la práctica judicial y letrada.

LA IMPUTACIÓN

En sede judicial instructora el momento fundamental para el derecho de defensa es el conocimiento de la imputación. Cuando el sujeto pasivo del proceso no está detenido podría ser citado ante el juez instructor

como imputado recibiendo antes o al tiempo una copia de la denuncia (sea ésta policial o particular), pero esto no suele ocurrir en la práctica. Acaso se limitan las anticipaciones escritas de los cargos a la copia de la querrela admitida a trámite. **En ocasiones, por lo tanto, la citación como imputado dilata hasta la comparencia ante el juez instructor el momento en que aquél conoce los hechos incriminados. La coincidencia entre ese derecho de conocimiento y la declaración como diligencia de investigación, sobre todo cuando el día de la citación acude al juzgado el abogado designado de oficio que muy probablemente no ha tenido contacto con su cliente, suprimen cualquier anticipación del propio interesado en su colaboración con la defensa técnica y por supuesto en la conformación de su autodefensa.** Según la reforma no debe existir demora injustificada ni en la información con detalle suficiente de los hechos o sus cambios ni en un examen de las actuaciones con la debida antelación (art. 118.1 LECr). Particularmente, la admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal que implique imputación contra persona determinada “será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntos responsables” (art. 118.3 LECr). Curiosamente, el cambio en el objeto de investigación y nuevos hechos de incriminación será facilitada al letrado, no a su cliente también, mediante una exposición sucinta (“comunicada por escrito al Abogado defensor del imputado”; futuro art. 775.2 II LECr).

La limitación de conocimiento podría achacarse en parte a la labor letrada, si el abogado no anticipó

contacto con su cliente ni acudió de antemano a la oficina judicial para conocer de los autos. Pero no faltan supuestos en los que los juzgados de instrucción utilizan el servicio de guardia para determinar letrados de oficio en causas ajenas a la guardia, situación en la que el abogado no tiene tiempo material de preparar ninguna entrevista previa con el cliente. En los casos donde éste se encuentra detenido el problema de conocimiento se anticipa al momento en que realmente debe iniciarse la asistencia técnica, esto es, en sede policial, donde el acceso al atestado se restringe o simplemente se niega. **Sumado esto a la imposibilidad de asesorar al detenido antes de la diligencia de interrogatorio policial se perjudica muy seriamente la correcta asistencia letrada constitucionalmente prevenida en el art. 17.3 CE.** La jurisprudencia constitucional explica que “*la asistencia al detenido solo sirve para ayudar a que se respeten sus derechos en cuanto detenido*”, pero no es un observador mudo que teste la corrección y pueda plantear quejas institucionales, además de instar su constancia en acta una vez la diligencia policial acabó. Para eso bastaría con grabar audiovisualmente la diligencia, y la previa lectura de derechos, a fin de mostrar el testimonio de lo que se hizo. **El abogado al cargo sólo ayuda al respeto del Derecho cuando asesora al cliente haciéndole comprensibles sus derechos en toda extensión. Y para eso no basta que esté presente el letrado sino que pueda tener una activa intervención antes y durante la declaración preprocesal del detenido.** Por eso la jurisprudencia constitucional insiste en que la finalidad de la garantía del derecho de asistencia letrada al detenido incluye “*el debido asesoramiento*

técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios”⁴.

Más allá de la inevitable inviabilidad de reserva de las diligencias urgentes, el posible secreto de las actuaciones que podría ordenarse judicialmente no puede justificar la limitación del conocimiento letrado de los hechos utilizados para detener y mantener la detención policial. **Las actuaciones policiales de investigación dejan de ser reservadas cuando se produce la detención, por lo que si la Policía entendiera que procede la declaración de reserva según la ley procesal penal, que es competencia del juez instructor, a éste debería llevarse el trabajo policial realizado a fin de que a su través se produjera la detención al tiempo que la declaración del secreto.** No puede existir una prolongación de éste después de la detención, del mismo modo que resulta muy claro el procedimiento a seguir para incomunicar al detenido, lo que además tampoco afectaría el núcleo esencial del derecho de asistencia letrada, que pasa por el conocimiento de los hechos objeto de incriminación.

La mayoría de los delitos cometidos que suponen detenciones policiales trasladadas al juzgado de guardia no van a propiciar declaración alguna de secreto, y ello es perfectamente sabido por los policías que intervienen. Pero ciertamente van a permitir que en el juzgado instructor se tome declaración al ya imputado que, de ese modo, por ser su primera comparencia, recibirá del juez la concreción de los hechos objeto de imputación. Al unificarse en un sólo momento procesal resulta recomendable incluir en el acta de declara-

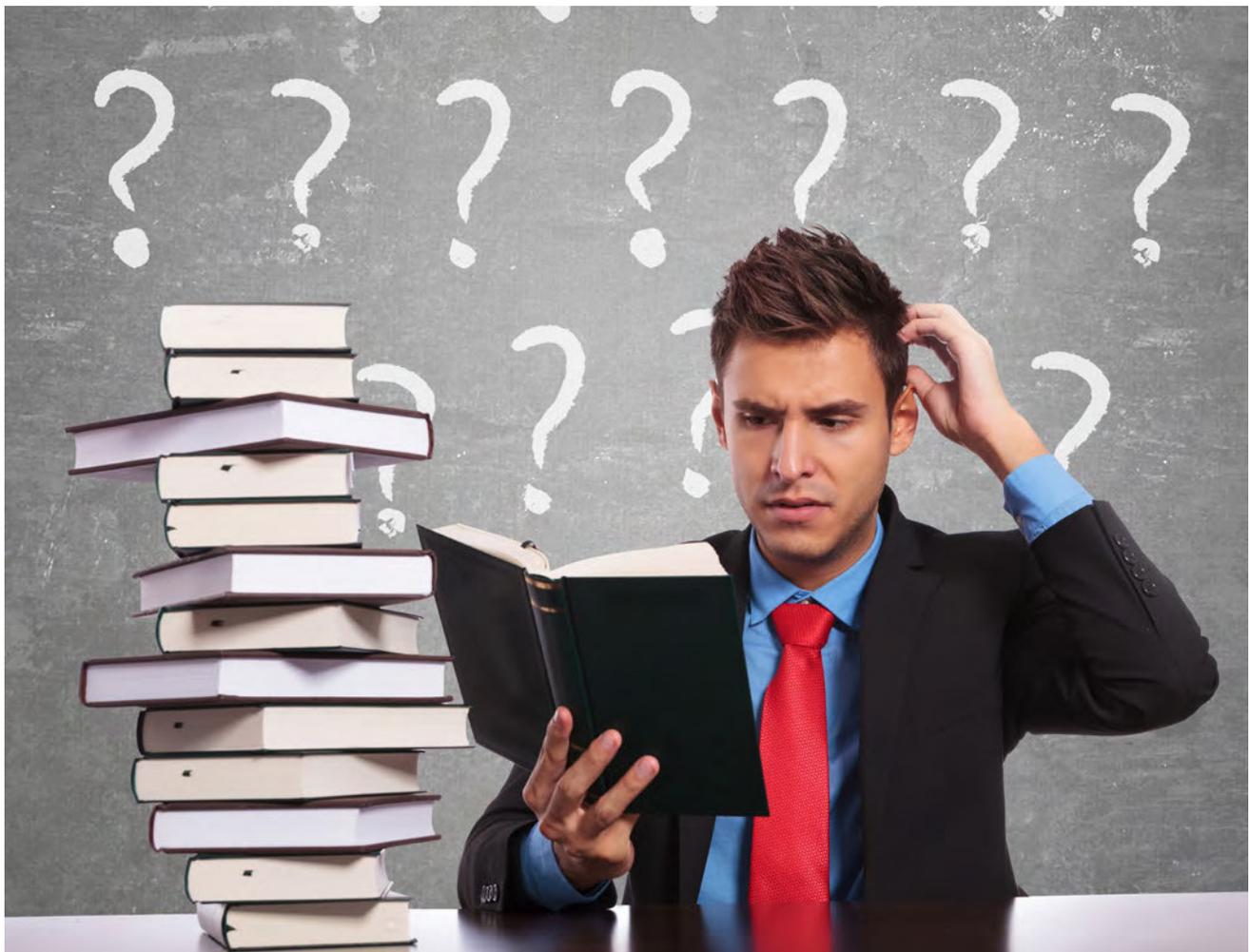
4 SsTC 196/1987, 11-XII (FJ 5º), 252/1994, 19-IX (FJ 4º), 21/1997, 10-II (FJ 5º) y un largo etcétera.

ción un relato fáctico de incriminación, aquél conformado por el propio juez a vista del material a disposición y que en definitiva es la imputación vertida. **En la práctica no existe ningún tipo de comparecencia previa donde se incluyan explícitamente, y en la declaración acaso se aludirán genéricamente, sin dato ninguno, o se le preguntará al sujeto si sabe por qué está detenido o cuáles son los motivos por los que va a declarar, sin explicitarlos convenientemente.** Es normal, cuando se plantean contradicciones entre lo declarado en instrucción y en el juicio oral, que haya de inferirse el contenido de la imputación por las respuestas que se hicieron constar, pues ni se reflejaron las preguntas, menos aún el relato crimi-

noso en que se asientan. Finalmente, tampoco presupone conocimiento de la imputación la lectura de derechos que corresponde al secretario judicial, que no es el competente para imputar hechos. Si se trata de una querrela podría hacerse constar que el querrellado ha leído con anterioridad el contenido de la misma, pero fuera de ese caso conviene reflejar en la documentación de la diligencia la concreción de los hechos sobre los que el juez instructor y las partes podrán interrogar, limitación relevante para la aplicación del art. 400 LECr y por supuesto para justificar la necesidad de sucesivas declaraciones del imputado a los efectos de ampliar el objeto procesal penal. Recuérdese que nuevos hechos de incriminación exigirían nueva declaración sobre los

mismos como imputado, sin lo cual no se respetaría el actual art. 775 I LECr en atención a poder clausurar la instrucción.

En efecto, **esa radical exigencia procesal, sin la cual se plantea causa de nulidad procesal con retroacción de actuaciones, acaso subraya la importancia de cubrir la declaración del inculcado.** Si el mismo no es detenido y puesto a disposición judicial, procederá la tarea de citarlo con éxito y, además, que comparezca en el Juzgado instructor. Incluso cuando desde la Policía se activa una citación para que acuda al Juzgado instructor a declarar, sin mantener la detención policial, puede que el sujeto no comparezca. De ese modo se pueden imponer nuevas



tareas policiales para averiguar y citar, o directamente para detenerlo y conducirlo ante el juez instructor. Y, en definitiva, lo que se persigue es cumplir con un acto rodeado de garantías procesales básicamente centradas en el derecho de defensa. Teniendo en cuenta que, en cualquiera de los supuestos, el inculpado puede acogerse a su derecho a no declarar, quizá cabría suprimir esa obligación de acudir para declarar y convertirla en un derecho, ejercitable o no a exclusivo criterio de la defensa. **De ese modo, puede que el hoy núcleo inamovible y sin el cual no puede clausurarse una instrucción penal en España deje paso a lo verdaderamente importante, que es el conocimiento directo de quien resulta penalmente inculcado de los hechos que conforman la imputación.** Puede que el mantenimiento a ultranza de la declaración ante el juez instructor trasluzca un temor frente a procedimientos de investigación judicial que prescindan del conocimiento del investigado, violando de ese modo todos sus derechos constitucionales fundamentales. Pero si se asegura sobremanera el conocimiento de la imputación judicial, así como el conjunto de derechos que le asisten, a partir de ese momento, que debe ser el más cercano posible a la incoación de la instrucción, la declaración o no del sujeto como imputado podría atribuirse a su sola voluntad. Naturalmente encontrando a disposición un asesoramiento jurídico y que éste funcione en paralelo representando al sujeto en todo trámite. En puridad, la realidad de la intervención letrada parece garantizarse, también, ante el órgano judicial, segundo motivo por

el cual la declaración del imputado ante el juez se define imprescindible y sin la cual no puede ponerse fin a la instrucción criminal en España.

No pocos serían los mecanismos para asegurar que el imputado conozca de su imputación y lo haga con la disponibilidad de ser asesorado por un letrado, sin necesidad de reunir ambos momentos ante el juez instructor, añadiéndoles el tercero que supone la lectura de derechos (nuevamente en su propio beneficio según la teoría) **y la diligencia de investigación que es su interrogatorio** (igualmente medio defensivo y que podría rechazar). Si esto fuera así, el derecho de defensa pivotaría sobre el conocimiento y la asistencia, no sobre la declaración judicial. Permitiría una disposición mayor del tiempo e incluso del lugar por parte del interesado y reformularía la lógica de la detención e incluso la prisión provisional para asegurar un acto definido precisamente a favor del sujeto, no es su contra⁵. La necesidad de ordenar detenciones o el mantenimiento de las mismas podría reducirse más que significativamente si la declaración judicial del imputado no fuese preceptiva sino a petición del interesado. Claro está que con el conocimiento de la imputación y asesoramiento jurídico a disposición, puntales del derecho de defensa en instrucción, a verificar incluso fuera de la sede judicial competente, deberían arbitrase mecanismos de suficiente entidad para asegurar su eficacia y favorecer la colaboración del sujeto interesado, a fin de no caer en la detención y conducción, precisamente, para verificar su realidad. Efectivamente, el

conocimiento de la imputación sería baluarte de todo lo demás pero sin él no podría avanzar el proceso penal, de ahí que ese avance no podría entregarse al voluntarismo del imputado. Pero al menos la momentánea privación de libertad que pudiera imponerse para asegurar sus posibilidades de audiencia e intervención, para garantizar que no se procede a sus espaldas, no estaría basada en el absurdo de un trámite donde puede limitarse a callar como ejercicio de su derecho constitucional a guardar silencio. Además, de cualquier manera resultaría más fácil separar el momento del conocimiento de aquél en que pudiera declarar, anticipación del primero al segundo básica para la mejora del derecho de defensa en todas sus perspectivas.

Por si fuera poco, **existe en la actualidad una realidad incontestable que desmerece sobremanera la supuesta garantía de ese actuar ante juez instructor y secretario judicial, garante precisamente en función de su presencia institucional: que no se asegure que estén presentes ni el uno ni el otro.** Obligado es advertir en este punto al juez o magistrado que puede enfrentarse a una corrección disciplinaria si considera probado a través de prueba testifical y de las manifestaciones del acusado y su letrado, amén de la notoriedad, por ejemplo a fin de valorar declaraciones en instrucción por la vía del art. 714 LECr, que no estuvo presente quien debía estarlo pese a constar por fe pública que sí lo estaba, poniendo en duda la corrección del acta sometida a valoración⁶. Claro está que el letrado actuante es el primero que muy a menudo

⁵ De hecho, asegurando el conocimiento del sujeto perdería sentido la limitación del juicio en ausencia a dos años de prisión pretendida: si puede asistir y acogerse a su derecho a no declarar, obligarle a estar presente en sede plenaria contra su voluntad no deja de mostrar, de nuevo, el temor a una degeneración práctica de los juicios en rebeldía, es decir, en los que el acusado ignore que está siendo juzgado.

⁶ A pesar de tratarse de la valoración intrínseca a la motivación de casos concretos, en el sí de la independencia judicial, hay quien postula que se trata de un tipo de afirmación gruesa y grave, desmesurada, que constituye falta de respeto institucional intolerable, invocando el art. 418.5° LOPJ.

no lee la declaración del imputado pero la firma igualmente, y permite que también lo haga su cliente. Y es nuevamente el abogado quien admite, a diario, que testigos e imputados declaren en su presencia y ante la de un funcionario tramitador, y de nadie más por muchas firmas adicionales que luego se estampen sobre el papel. Habría que preguntarse qué

ocurriría si todos los abogados, con el apoyo colegial tras de sí, exigieran el cumplimiento de la Ley, al menos en aspectos que al parecer se plantean tan esenciales para asegurar el derecho de defensa del justiciable. Quizá la carga de trabajo insostenible tendría una respuesta política distinta de la que habitualmente se ofrece.

EL OBSTÁCULO DEL IDIOMA EXTRANJERO Y LA AUTODEFENSA DEL INculpADO

El intérprete o traductor jurado, siempre gratuito para el sujeto pasivo del proceso (art. 123.1 i. f. LECr), se extiende a un gran número de actuaciones, también relacionadas con su le-



trado sin discriminar si nos encontramos en el ámbito policial o judicial. De ahí que podría plantearse la viabilidad de aquél extramuros de una comisaría o juzgado, en particular a fin de presentar recursos u otras solicitudes procesales, según el nuevo art. 123 LECr. Por su parte, la traducción escrita de los documentos esenciales incluye los escritos de acusación, lo que implica irremediablemente que los mismos lleguen personalmente al acusado porque el letrado no precisa traducción ninguna; hoy siquiera se defiende la recepción personal del auto de apertura del juicio oral por parte del acusado. Y aunque no se mencionan explícitamente en la norma reformada, parece indudable que las citaciones de cualquier índole deben ser traducidas, lo que hoy día no suele tener lugar. En todo caso, la traducción paraliza los plazos procesales correspondientes (art. 123.4 LECr).

Habría que preguntarse si en la

práctica del foro la defensa técnica se extiende correctamente al aseguramiento de la autodefensa, por ejemplo en la salvaguarda del conocimiento directo por parte del imputado o acusado, de la documentación esencial que deba traducirse. O acaso con la actuación del intérprete oral durante diligencias y vistas, en especial durante el juicio oral. Es obviedad que debe traducirse todo lo que se le pregunte y lo que responda, literalmente, pero también las completas intervenciones de profesionales togados, testigos, peritos o el mismo juez. **La previsión de una “interpretación consecutiva” en vez de “simultánea” (art. 123.2 LECr) podría llamar al equívoco, postergando a un momento final y a modo de resumen lo que explica un testigo o lo que informa un acusador, restando sensiblemente la virtualidad de la traducción.** En todo caso debe el juez advertir al intérprete de lo que tendría que ser necesario, la tra-

ducción de todo y sin interrupción. Hay intérpretes jurados que reconocen que es eso lo que tienen que hacer, pero que en algunos juzgados les han dicho que lo hagan todo al final, quien sabe si para no oír de continuo el hablar del traductor. Es penoso que en cada Juzgado parezca existir una ley procesal distinta, amoldada al operador jurídico, pero el abogado debe velar por el cumplimiento de la publicada y en vigor en beneficio de lo que en este punto sólo puede redundar en el correcto derecho de autodefensa. Nunca he advertido tal tipo de intervención. Y por supuesto, el ejemplo paradigmático de esa asistencia letrada es la última palabra del acusado, donde el asesoramiento es sensiblemente importante, pero también que ese letrado haya velado por una traducción correcta durante todo el procedimiento, particularmente durante la vista oral, debiendo interrumpir el acto si el intérprete no está traduciendo como debiera. ■

BIBLIOGRAFÍA

www.ksp.es

BIBLIOTECA

- JIMENO BULNES, MAR. *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*. Barcelona. JM Bosch Editor. 2007
- COBO DEL ROSAL, MANUEL. *Defensas forenses de Derecho Penal, procesal penal y constitucional*. Madrid. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas. 2004

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- CABELLO PERRY, JOSÉ ÁNGEL. *¿Qué debe hacer un abogado que quiere dilatar el proceso penal? La conducta procesal del justiciable*. *Economist&Jurist* N° 189. Abril 2015. (www.economistjurist.es)
- GIRBAU COLL, ALEXANDRE. *La “instrucción” del proceso penal por el Ministerio Fiscal Reformas deseables en dicha fase*. *Economist&Jurist* N° 134. Octubre 2009. (www.economistjurist.es)

CONCLUSIONES

- Resulta palmaria la limitación del derecho de asistencia letrada al detenido si éste no puede recibir asesoramiento jurídico sino después de su declaración ante la Policía, esquivada la analogía procesal favorable disponible con el art. 775 II LECr desde hace más de una década. Por su parte, la catalogación legal de los hechos fundamentadores de la detención policial ofrece una muy amplia discreción a los agentes de la autoridad, sin que la calificación ulterior del juzgado instructor, de la acusación o del propio juzgador que pudieran desmerecerla supriman la legitimación de la privación de libertad salvo en supuestos radicalmente abusivos o extravagantes. Sin embargo, ni el Ministerio fiscal ni el órgano judicial –acaso tampoco el letrado defensor– suelen verificar si el tiempo de detención que desde entonces transcurre responde a la lógica de lo indispensable, siquiera si las diligencias policiales que postergan la puesta en libertad del sujeto o su entrega al juez instructor en funciones de guardia enlazan causalmente con el motivo de la detención, no en vano éste otorga carta de naturaleza a la investigación policial al tiempo que activa los derechos constitucionales del inculpado
- Destacan tiempos muertos inadmisibles de toda índole y, sobremanera, una rutina en poner a disposición judicial sujetos que muy difícilmente, sino de manera prácticamente imposible, podrían ser acreedores de una medida cautelar personal que explique el mantenimiento de la privación de libertad, lo que se demora incluso hasta las setenta y dos horas, límite temporal que parece ser el único relevante para todos los operadores implicados. Y propiciando en gran medida lo anterior, vivimos como obligatoria la diligencia de interrogatorio en sede instructora de quien puede negarse a declarar, momento procesal en que suele llevarse a cabo aquello en verdad imprescindible, que es el conocimiento de la imputación. Asegurando las garantías de esto último, quizá la declaración habría de ser meramente voluntaria, por iniciativa del propio interesado. En coherencia, conociendo personalmente la eventual acusación en ulterior estadio procedimental, la presencia del inculpado en juicio, para llevar a efecto lo que en realidad es un medio de defensa, igualmente disfrutaría la lógica de la voluntad del interesado, sin que éste acabe detenido o preso para asegurar una presencia sin la cual se entiende inviable el juicio en ausencia, precisamente, en su propio beneficio
- Finalmente, la asistencia idiomática, significativamente ausente en la mecánica habitual de la notificación escrita, no siempre es correcta para conformar el derecho de autodefensa que culmina con la última palabra del acusado, sin olvidar que la gratuidad del intérprete llevada a sus últimas consecuencias bien puede extenderse extramuros de las actuaciones policiales y judiciales en las que intervenga el extranjero y su letrado, lo que carece de regulación en la práctica



EL DESPACHO DE ABOGADOS COMO RESPONSABLE Y ENCARGADO DE FICHEROS



Javier Aparicio. Socio de Cuatrecasas Gonçalves Pereira
Sergio Sanfulgencio. Abogado de Cuatrecasas Gonçalves Pereira

SUMARIO

1. El deber profesional de secreto
2. El despacho como responsable del tratamiento
 - 2.1) Datos del personal
 - 2.2) Nivel de seguridad del fichero de nóminas
 - 2.3) Ficheros en papel
 - 2.4) Tratamiento de datos en Internet
3. El despacho como encargado del tratamiento
 - 3.1) Operaciones de compra de sociedades
4. Datos de la contraparte

Conforme a la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) el responsable del fichero o de su tratamiento es aquella persona que decide sobre la finalidad y el uso de los datos personales. Un despacho, con carácter general, será, cuando menos, responsable de tres ficheros: personal (abogados y otros profesionales), clientes y proveedores.

A su vez, al gestionar la información que le facilitan sus clientes, el despacho actúa también como encargado del tratamiento, procesando los datos en nombre y por cuenta de aquellos.

EL DEBER PROFESIONAL DE SECRETO

El secreto profesional que obliga a los abogados es reflejo del derecho de defensa de sus clientes y prohíbe revelar la información que éstos le confíen.

Lo impone la Ley Orgánica del Poder Judicial como obligación y dere-

cho (no se puede exigir al abogado su revelación). Desvelar dicha información supone una deslealtad hacia el cliente y una infracción del deber legal, castigada en el Código Penal incluso con la inhabilitación para el ejercicio de la profesión.

En cambio, en el ámbito de la protección de datos, el deber de

secreto obliga al despacho como responsable del fichero y a su personal respecto de los datos de carácter personal. Su incumplimiento lo sanciona la LOPD.

Por tanto, el deber profesional de secreto es más amplio en su objeto (protege cualquier dato, no solo personal) y más restringido en su ámbito

subjetivo (sólo se aplica a los abogados).

EL DESPACHO COMO RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO

Datos del personal

Adicionalmente a la gestión ordinaria del personal, los grandes despachos suelen organizar un fichero (la intranet) con datos de contacto de sus profesionales (nombre y apellidos, funciones o puestos, email, ubicación, teléfono y fax) para facilitar el acceso a modo de directorio, de forma que todos puedan consultar dicha información sin necesidad de llevar personalmente una agenda para tenerlos a mano.

A este respecto, el artículo 2.2 del Reglamento de desarrollo de la LOPD (RPD) dispone que, **siempre que el fichero se limite a incluir la información arriba mencionada, no será necesario aplicarle las garantías de protección de datos;** pero en cuanto se incluya cualquier otro tipo de información (una fotografía, especialidad, idiomas, etc.) o se destine a una finalidad distinta al simple contacto profesional, el RPD será plenamente aplicable. No obstante, cabe citar la Sentencia del TS de 21 de mayo de 2014 (Sala de lo Civil) que declara que ni la Directiva 95/46 ni la Carta Europea de Derechos Humanos niegan a los empre-



LEGISLACIÓN

www.ksp.es

- Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial (Legislación General. Marginal: 6773)
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. (Normas básicas. Marginal: 72032). Arts.; 2.2 y 81
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. (Normas básicas. Marginal: 12204). Arts.; 10, 12
- Código Penal. (Normas básicas. Marginal: 14269)
- Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. (Normas básicas. Marginal: 8)

sarios los derechos fundamentales, doctrina que pone en duda la aplicabilidad de la mencionada excepción.

Nivel de seguridad del fichero de nóminas

Siguiendo con el fichero de personal, según el artículo 81 del RPD, a pesar de contener datos de afiliación sindical, de discapacidad o invalidez u otros especialmente protegidos, **no es preciso aplicar las medidas de nivel alto si dicha información se**

“Un abogado no tiene la obligación de atender los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en el caso de que no haya constituido un fichero con la información facilitada por su cliente”

“Cuando la documentación se encuentre fuera del archivo por estar en proceso de revisión o tramitación, la persona que esté a su cargo deberá custodiarla e impedir que personas no autorizadas accedan a ella”

trata, respectivamente para el pago de cuotas sindicales, para el cumplimiento de obligaciones públicas o cuando su tratamiento es incidental a la finalidad del fichero.

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) interpreta esta regla de forma extensiva y la aplica en el ámbito laboral a más datos de los estrictamente contemplados.

Ficheros en papel

El RPD regula las medidas de seguridad aplicables a los ficheros en papel.

Obviamente, el volumen de papel que incluye información personal que se acumula en un despacho es muy importante, por lo que es necesario instalar sistemas de tratamiento que potencien el archivo electrónico y que la información que tenga que conservarse en papel necesariamente se gestione con el apoyo de un archivo externo, incluso confiado a terceros, destruyendo con garantías de confidencialidad todo aquello que no



sea preciso conservar, para evitar la acumulación de papel en las oficinas del despacho.

La práctica demuestra que los problemas de seguridad más graves que han sucedido en España están relacionados con los ficheros en papel (expedientes médicos, judiciales y de personal que han aparecido en la basura en ocasiones). Esto es así porque resulta muy difícil controlarlos, fallando con frecuencia las medidas de seguridad aplicadas.

Las medidas consisten básicamente en el establecimiento de unos criterios de archivo que garanticen la correcta conservación y localización de los documentos, así como el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, y en el establecimiento de mecanismos que obstaculicen la apertura del lugar en que se almacenan.

Adicionalmente, **cuando la documentación se encuentre fuera del archivo por estar en proceso de revisión o tramitación, la persona que esté a su cargo deberá custodiarla e impedir que personas no autorizadas accedan a ella.**

En el caso de que se trate de ficheros que contengan datos de nivel alto, los archivadores deberán encontrarse en áreas donde el acceso este protegido con puertas dotadas de sistemas de apertura mediante llave u otro dispositivo equivalente. Los **ficheros estarán sujetos a auditoria como mínimo bienal, deberá autorizarse expresamente la realización de copias y el acceso a los archivos deberá limitarse exclusivamente al personal autorizado.**

Tratamiento de datos en Internet

Frecuentemente, los despachos

JURISPRUDENCIA

www.ksp.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de abril de 2015, núm. 195/2015, N° Rec. 1995/2013, (Marginal: 69344068)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de enero de 2015, núm. 13/2015, N° Rec. 214/2014, (Marginal: 2469166)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de febrero de 2015, núm. 81/2015, N° Rec. 247/2014, (Marginal: 69344065)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de enero de 2015, núm. 13/2015, N° Rec. 214/2014, (Marginal: 2469166)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de febrero de 2015, núm. 81/2015, N° Rec. 247/2014, (Marginal: 69344065)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de mayo de 2015, núm. 65/2015, N° Rec. 2859/2013, (Marginal: 69341683)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de junio de 2014, núm. 375/2013, N° Rec. 1628/2011, (Marginal: 2428893)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de junio de 2014, núm. 312/2014, N° Rec. 3303/2012, (Marginal: 2455483)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de noviembre de 2014, núm. 671/2014, N° Rec. 2452/2013, (Marginal: 2467004)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de septiembre de 2014, núm. 475/2014, N° Rec. 1086/2012, (Marginal: 2462797)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de septiembre de 2014, núm. 469/2014, N° Rec. 3371/2012, (Marginal: 69344076)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de mayo de 2014, núm. 267/2014, N° Rec. 2959/2012, (Marginal: 2454736)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de septiembre de 2013, núm. 561/2013, N° Rec. 2089/2010, (Marginal: 2440395)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de junio de 2013, núm. 402/2013, N° Rec. 1727/2011, (Marginal: 2429784)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de abril de 2013, núm. 285/2013, N° Rec. 1057/2010, (Marginal: 2434463)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de febrero de 2012, núm. 96/2012, N° Rec. 1836/2010, (Marginal: 2383301)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de enero de 2014, núm. 12/2014, N° Rec. 2585/2011, (Marginal: 2448519)

“En el ámbito de la protección de datos, el deber de secreto obliga al despacho como responsable del fichero y a su personal respecto de los datos de carácter personal”

habilitan una página web informativa. Esto les convierte en prestadores de servicios de la sociedad de la información conforme a la Ley de servicios de la sociedad de la información (LSSI).

Cualquier prestador de servicios debe facilitar cierta información al usuario conforme al artículo 10 de la LSSI “a través de medios electrónicos, de forma permanente, fácil y gratuita”. La práctica más extendida es incluir dicha información en la página web a través del denominado “aviso legal”.

Adicionalmente, si la página web del despacho incluyera un apartado destinado a la recopilación de currículos o si facilitase la posibilidad de prestar servicios directamente a través de medios online recabando datos personales, deberían cumplirse las obligaciones de información de la LOPD además de las de la LSSI.

En efecto, **en estos casos el despacho no solo sería un prestador de servicios de la sociedad de la información, sino que también ostentaría la condición de responsable del tratamiento.**

Por otra parte, para enviar comu-

nicaciones comerciales por vía electrónica, la LSSI establece unas limitaciones más estrictas que las de la LOPD. Así, es necesario:

- identificar toda comunicación comercial como tal y a la persona que la realiza;
- contar con la autorización del destinatario salvo que exista una relación contractual previa, e
- incluir la posibilidad de que el receptor se oponga mediante un procedimiento sencillo y gratuito.

EL DESPACHO COMO ENCARGADO DEL TRATAMIENTO

Es evidente que un despacho no sólo trata datos de carácter personal como responsable de determinados ficheros, sino que, en múltiples ocasiones, lo hará en calidad de encargado, por cuenta de sus clientes (responsables de dicho tratamiento), ya

BIBLIOGRAFÍA

www.ksp.es

BIBLIOTECA

- ORTEGA GIMÉNEZ, ALFONSO Y OTROS. *Guía práctica sobre protección de datos de carácter personal para abogados*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica. 2008
- ORTEGA GIMÉNEZ, ALFONSO. *Código de Protección de Datos de Carácter Personal*. Madrid. Ed. Difusión Jurídica. 2009

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- MARTÍNEX ROMÁN, EULALIA. *El procedimiento sancionador en la agencia española de protección de datos*. *Economist&Jurist* N° 180. Mayo 2014. (www.economistjurist.es)
- OSET PIQUÉ, JOAN. *El secreto profesional de los abogados*. *Economist&Jurist* N° 137. Febrero 2010. (www.economistjurist.es)

que los servicios que presta un despacho hacen necesaria la entrega de la información oportuna para la defensa de los intereses de los clientes, entre la que habrá, como es lógico, datos de carácter personal.

Por ello, el encargo de cada caso al despacho debe incluir por escrito las condiciones establecidas en el artículo 12 de la LOPD.

A este mismo respecto, es importante citar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de octubre de 2013 que afirma que **un abogado no tiene la obligación de atender los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en el caso de que no haya constituido un fichero con la información facilitada por su cliente, lo que genera la duda de si, en caso contrario, sí estaría obligado a atender tales solicitudes, lo que contradiría el deber de secreto profesional y ocasionaría un perjuicio importantísimo al derecho a la defensa de su cliente.**

Operaciones de compra de sociedades

Existe una cuestión más compleja relacionada con este problema: la elaboración de las denominadas **due diligences** (auditorías sobre la situación jurídica en que se encuentran las empresas en proceso de adquisición por un tercero). Estas auditorías se confían normalmente a los despachos y son previas a una operación

de compraventa. Resulta lógico que para acordar la operación, **la empresa que se va a adquirir permita a los potenciales compradores que accedan a todo tipo de información (también de carácter personal) para que puedan valorarla y hacer su oferta en consecuencia.**

Sin embargo, esta práctica resulta de difícil encuadre en la LOPD, ya que **los despachos actúan por encargo de los potenciales compradores y, por ello, son éstos quienes acceden a dicha información del vendedor por medio de sus abogados para realizar la auditoría legal, lo que supone una cesión de datos que tiene que estar consentida por los interesados o autorizada legalmente.**

Una solución sería la obtención por parte de la vendedora del previo consentimiento de los interesados, informándoles de la cesión y, en consecuencia, de la intención de vender. Sin embargo, esta estrategia es inviable. La solicitud del consentimiento de los titulares afectados haría depender la operación de su permiso, lo que la hace impracticable.

Tampoco resuelve este problema la disociación de los datos para eludir la prohibición legal, ya que este proceso resultaría sumamente costoso y complicado y, en muchos casos, impediría a la adquirente tener la seguridad de estar evaluando correctamente la empresa, al acceder a información limitada.

Otra solución podría ser que el adquirente potencial seleccionara al despacho por confianza, pero que fuera el vendedor quien le contratara como encargado del tratamiento, de modo que el despacho actúe en nombre y por cuenta del vendedor entregando a este el informe (que no tiene porqué contener datos personales) y que el vendedor se lo facilite al comprador potencial. Sin embargo, no puede ignorarse que este sistema resulta muy difícil de entender.

DATOS DE LA CONTRAPARTE

Otro aspecto que merece la atención es el hecho de que en muchas ocasiones los abogados acceden a datos relativos a personas contra quienes sus clientes pretenden ejercer acciones legales.

Dado que el uso de esa información es absolutamente necesario para el ejercicio del derecho a la defensa, que comparte con la protección de datos el carácter de derecho fundamental, **la AEPD siempre ha considerado que en estos supuestos el derecho a la protección de datos debe ceder frente al de defensa, de modo que el tratamiento de dichos datos no puede verse condicionado a la obtención del consentimiento de la persona a quien se refieren**, ya que esa limitación dejaría plenamente sin contenido el derecho a la defensa. ■

CONCLUSIONES

- En definitiva, el ejercicio de la abogacía está tan afectado por la LOPD como cualquier otro profesional que desarrolle una actividad que implique el tratamiento de datos de carácter personal, salvo las contadas especialidades que establecen las normas sectoriales

QUÉ DEBE FIGURAR EN UN CONTRATO SENCILLO



Lourdes Guzmán. Abogada y Directora Jurídica de Legálitas

SUMARIO

1. ¿Cómo se perfeccionan los contratos?
2. ¿Cuáles son los elementos esenciales de los contratos?
3. La forma como elemento de los contratos
4. La redacción de los contratos
5. Estructura que debe seguir la redacción de los contratos



Los contratos son el instrumento para que las personas lleguen a acuerdos, los regulen y se obliguen en virtud de los mismos a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

Por consiguiente, los contratos regulan relaciones jurídicas entre partes y son fuentes de obligaciones.

Los pactos contenidos en los contratos son leyes que las partes deben cumplir.

En nuestro derecho rige el “**principio de la autonomía de la voluntad**” que implica que las partes contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que quieran con la única limitación de que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público¹.

Pero los contratos son lo que son, no lo que las partes quieren que sean, así por ejemplo no se puede pactar una compraventa sin precio.

¿CÓMO SE PERFECCIONAN LOS CONTRATOS?

Con carácter general, **los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento**; lo importante es que coincidan de forma clara la oferta y la aceptación sobre la cosa y el precio.

Desde entonces obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Así la buena fe entra a formar parte del contrato y puede conllevar derechos y obligaciones no recogidos expresamente en el contrato o bien que alguna de las cláusulas quede sin efecto.

La vulneración de la buena fe por una de las partes puede suponer un incumplimiento contractual que faculte a la otra a exigir el cumplimiento o bien la resolución, con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos².

Los contratos pueden ser:

- **Consensuales:** que se perfeccionan por el mero consentimiento y que es la regla general en nuestro derecho. (Por ejemplo el arrendamiento.)
- **Reales:** que requieren para su perfección además del consentimiento, la entrega de la cosa. (Por ejemplo el préstamo y el depósito.)
- **Formales:** que se perfeccionan cuando al consentimiento se une una forma determinada. (Por ejemplo la hi-

“El derecho de desistimiento se caracteriza por la facultad reconocida al consumidor, de dar por finalizado el contrato, sin esgrimir motivo alguno, en determinadas circunstancias”

LEGISLACIÓN

www.ksp.es

- Código Civil. (Normas básicas. Marginal: 3716). Arts.; 1124, 1255, 1261, 1262, 1271, 1274, 1278, 1280, 1455 y 1485
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos. (Normas básicas. Marginal: 3648). Arts.; 11, 20
- Constitución española. (Normas básicas. Marginal:1).Art. 51.2
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. (Marginal: 69858). Arts.; 60, 68, 110
- Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas (Normas básicas. Marginal: 92372). Art. 7
- Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural. (Normas básicas. Marginal: 23288). Art. 37.4
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. (Normas básicas. Marginal: 3638). Art.1

¹ Art. 1.255 del Código Civil

² Art. 1.124 del Código Civil

“Un producto o servicio correctamente informado al consumidor, supondrá que éste asume plenamente las consecuencias de la contratación, y por lo tanto, se desplegará el elenco completo de derechos y obligaciones derivados de la misma”

poteca que requiere Escritura Pública e inscripción en el Registro de la Propiedad.)

No obstante, salvo algunos casos concretos, en nuestro derecho rige el “**principio de libertad de forma**” de los contratos, o lo que es lo mismo no es necesaria formalidad alguna para que los contratos generen obligaciones para las partes.

Ahora bien es importante aclarar en este punto que si bien no suele ser imprescindible la forma escrita, si es muy conveniente por la dificultad de la prueba de la existencia misma de los contratos verbales y no digamos de lo pactado en ellos.

¿CUÁLES SON LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS CONTRATOS?

Los elementos esenciales³ que deben estar presentes siempre en los contratos **para que sean válidos y eficaces son:**

- el consentimiento⁴.
- el objeto⁵.
- la causa⁶.

- y solo a veces, la forma⁷.

Si falta alguno de los elementos esenciales, el contrato será nulo, o más bien inexistente ya que estos elementos constituyen la esencia del contrato.

Si concurren estos elementos esenciales los contratos despliegan toda su fuerza obligatoria entre las partes, como consecuencia de que esa ha sido precisamente la voluntad de ambos contratantes.

Los contratos válidos obligan a las partes y, en el ámbito civil, a sus herederos (salvo derechos y obligaciones no transmisibles) y solo se les puede privar de eficacia mediante la resolución o la rescisión fundamentalmente.

LA FORMA COMO ELEMENTO DE LOS CONTRATOS

Vamos a detenernos en el cuarto requisito de los contratos que es la forma, pero este requisito no es esencial más que en contadas ocasiones ya que en nuestro derecho rige el “principio de libertad de forma”.

La importancia de la forma viene dada por la fuerza probatoria que despliega.

Nuestro sistema es consensual, basta con la exteriorización de la voluntad de obligarse por el contrato, sin que se requiera forma escrita en general para que el contrato sea válido.

La forma puede ser:

- “**ad solemnitatem**” cuando es un requisito esencial del que se hace depender la validez del contrato de modo que sin dicha forma el contrato será nulo de pleno derecho. Sería el caso por ejemplo de la exigencia de escritura pública en la donación de bienes inmuebles, o la exigencia de escritura e inscripción en el Registro de la Propiedad en las hipotecas.

- Pero la regla general, sin embargo, es que la forma sea “**ad probationem**”, es decir no afecte la validez del contrato y simplemente sirva para probar los términos del mismo. Es evidente que la forma escrita contribuye a fijar,

3 Artículo 1261 del Código Civil

4 Artículo 1262 y ss. del Código Civil

5 Artículo 1.271 del Código Civil

6 Artículo 1.274 del Código Civil

7 Artículo 1.278, 1.279 y 1.280 del Código Civil

JURISPRUDENCIA

www.ksp.es

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de mayo de 2015, núm. 225/2015, Nº Rec. 910/2013, (Marginal: 69341685)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de abril de 2015, núm. 227/2015, Nº Rec. 929/2013, (Marginal: 69341690)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de abril de 2015, núm. 237/2015, Nº Rec. 1600/2012, (Marginal: 69341694)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de abril de 2015, núm. 218/2015, Nº Rec. 81/2013, (Marginal: 69344088)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de diciembre de 2014, núm. 744/2014, Nº Rec. 3091/2012, (Marginal: 69344094)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 2014, núm. 741/2014, Nº Rec. 1074/2012, (Marginal: 2468570)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de diciembre de 2014, núm. 710/2014, Nº Rec. 588/2013, (Marginal: 2466992)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de julio de 2013, núm. 438/2013, Nº Rec. 261/2011, (Marginal: 2434405)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de junio de 2013, núm. 424/2013, Nº Rec. 1929/2010, (Marginal: 2355560)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013, núm. 241/2013, Nº Rec. 485/2012, (Marginal: 2425112)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de noviembre de 2012, núm. 696/2012, Nº Rec. 1008/2010, (Marginal: 2422456)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de septiembre de 2012, núm. 526/2012, Nº Rec. 1747/2009, (Marginal: 69344085)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de julio de 2012, núm. 428/2012, Nº Rec. 109/2010, (Marginal: 69344083)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de diciembre de 2012, núm. 731/2012, Nº Rec. 1044/2010, (Marginal: 2413171)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de diciembre de 2012, núm. 816/2012, Nº Rec. 1255/2010, (Marginal: 2415569)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de noviembre de 2012, núm. 695/2012, Nº Rec. 788/2010, (Marginal: 2413204)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de julio de 2012, núm. 506/2012, Nº Rec. 534/2010, (Marginal: 2405968)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de fecha 23 de diciembre de 2011, núm. 343/2011, Nº Rec. 369/2011, (Marginal: 2355560)

“Se regula como facultad del consumidor el dar por finalizado el contrato de manera unilateral, con la única y lógica obligación de preavisar la extinción de la relación contractual”

precisar y aclarar el contenido del contrato. Pero cuando el documento escrito no es esencial el contrato seguirá obligando aunque desaparezca el documento.

Así, el Código Civil en su art. 1280 señala qué documentos deben constar en documento público (extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, capitulaciones matrimoniales, determinados poderes .. etc.), así como los contratos que aunque sean privados deben hacerse constar por escrito.

Pero los contratos son plenamente válidos aunque no estén documentados por escrito en todos estos casos, es decir que la forma escrita no es un requisito esencial, si bien las partes podrán obligarse un a otro a dar al contrato la forma establecida en el artículo antedicho.

LA REDACCIÓN DE LOS CONTRATOS

Como hemos estado viendo los contratos pueden ser escritos u orales pero en todo caso es fundamental que los términos y condiciones de los mismos estén claros y no den lugar a confusión.

Aunque en general no es imprescindible, la forma escrita, además de ser la más recomendable, es la más habitual y lógicamente la redacción ha de ser correcta, para que no induzca a error y malas interpretaciones, que desvirtúen la verdadera voluntad, o perjudiquen a uno de los contratantes.

ESTRUCTURA QUE DEBE SEGUIR LA REDACCIÓN

DE LOS CONTRATOS

Utilizando como ejemplo un contrato civil, a la hora de redactarlo debemos tener presente que puede ponerse o no el título, es decir, si se trata de una compraventa, un arrendamiento... Pero como decimos, no es necesario porque lo que va a determinar las obligaciones que se derivan del contrato son sus cláusulas, no el nombre que se le dé.

Todo contrato ha de contener: fecha y lugar, identificar las partes contratantes y la representación en la que intervienen, identificar el objeto del contrato y la vinculación jurídica o interés que une a las partes con él, el cuerpo o contenido del contrato, es decir las cláusulas que pactan las personas que intervienen en el mismo y pie del contrato, en el que se hace referencia, de nuevo, al lugar y fecha, siendo importante tener en cuenta que la firma de las partes debe plasmarse no solo al final, sino en todas las hojas y quedarse cada una de las partes con un ejemplar del contrato.

En algunos contratos, es conveniente tomar precauciones adicionales, puesto que se suelen cometer errores con cierta frecuencia. A modo de ejemplo:

En la compraventa de vivienda, si ponemos que los gastos de la escritura se distribuyan entre las partes según ley, en contra de lo que pudiera pensarse, el grueso de la escritura⁸ tendrá que pagarlo el vendedor. Para que sea el comprador el que la pague, que es lo más habitual, hay que ponerlo expresamente así en el contrato.

Cuidado también con los pactos sobre quién paga los impuestos, si comprador o vendedor. Se puede poner lo que se estime oportuno, pero estos pactos no vinculan a la Administración de Hacienda, o la que en su caso corresponda en función del impuesto de que se trate, ya que ésta reclamará al que sujeto pasivo del impuesto y luego éste podrá reclamar a la otra parte en virtud de lo pactado.

En el arrendamiento de vivienda, el dueño puede repercutir los gastos⁹ de comunidad y el IBI al arrendatario, pero para que dicho pacto sea válido es necesario que se ponga expresamente en el contrato y que estén cuantificados anualmente.

⁸ Artículo 1.455 del Código Civil

⁹ Artículo 20 Ley de Arrendamientos Urbanos

Para contratos celebrados a partir de la última reforma de la LAU, Independientemente del plazo pactado, el arrendatario podrá desistir del contrato de arrendamiento, transcurridos 6¹⁰ meses, con solo comunicarlo al arrendador con 30 días de antelación. La Ley habla de una indemnización del arrendatario al arrendador de una mensualidad de renta por cada año que reste por cumplir, pero el arrendador debe saber que para poder exigir esta indemnización tiene que estar expresamente recogida en el contrato de arrendamiento.

En la compraventa de vehículo entre particulares, si el vendedor va a cobrar un precio muy barato en atención a la antigüedad del coche podría ser conveniente introducir una cláusula indicando que la parte compradora renuncia expresamente a reclamar por vicios ocultos¹¹.

A modo de ejemplo se adjunta un modelo de contrato de compraventa entre particulares con renuncia a reclamación sobre su estado:

COMPRAVENTA DE VEHÍCULO USADO

En, adede 2015

REUNIDOS

-De una parte, mayor de edad, con D.N.I. n.º, actuando en su propio nombre y derecho, con domicilio en, en adelante vendedor.

-Y de otra parte, mayor de edad, con domicilio en y con D.N.I. n.º, actuando en su propio nombre y derecho, en adelante comprador.

Teniendo y reconociéndose mutuamente la capacidad legal bastante para contratar y obligarse, y en particular para suscribir el presente documento, libre y espontáneamente,

MANIFIESTAN

1º.- Que el vendedor es propietario del vehículo marca, modelo, matrícula, con n.º de bastidor

2º.- Que sobre el citado vehículo no pesa retención judicial alguna, estando libre de cargas y gravámenes y al corriente de pago en todas sus obligaciones fiscales.

Y de conformidad con lo que antecede, los comparecientes convienen en formalizar el presente contrato de compraventa, con sujeción a las siguientes

ESTIPULACIONES

Primera.- El vendedor vende y el comprador compra y adquiere el vehículo descrito en la parte expositiva de este contrato con todos sus derechos.

Segunda.- El precio de la compraventa consiste en la suma de EUROS (..... €).

¹⁰ Artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos

¹¹ Artículo 1.485 del Código Civil

Tercera.- En este mismo acto el comprador entrega al vendedor la cantidad correspondiente al precio total, por lo que éste le otorga la más eficaz carta de pago.

Cuarta.- El comprador ha examinado y probado el vehículo, estando conforme con las condiciones en que se le entrega, recibiéndolo a su entera satisfacción, renunciando expresamente a reclamar por cualquier defecto o avería que pueda aparecer en el futuro.

Quinta.- También en este acto, el vendedor hace entrega al comprador del vehículo objeto de compraventa en disposición de ser usado de inmediato, así como de la documentación legal del mismo.

Sexta.- Todos los gastos e impuestos derivados de esta compraventa correrán por cuenta del comprador.

Séptima.- El comprador se obliga a iniciar con esta misma fecha todos los trámites precisos para transferir a su nombre la titularidad del vehículo ante las autoridades competentes.

Octava.- El comprador se compromete a remitir al vendedor a la mayor brevedad posible y en todo caso en 15 días como máximo la justificación documental de que efectivamente la transferencia se ha realizado.

Novena.- En este acto los compradores afirman haber recibido el vehículo en la fecha de la firma del presente contrato y asumen cualquier tipo de responsabilidad, sanción, impuesto y cualquier gasto de cualquier tipo que pudiera derivarse de la tenencia y utilización del vehículo, liberando de cualquier tipo de responsabilidad al transmitente desde este mismo momento.

En cuyos términos sus otorgantes dejan redactado el presente contrato y leído que fue por cada uno de ellos, ambos se afirman y ratifican en su contenido, obligándose a tenor de todas y cada una de sus estipulaciones, firmándolo en prueba de conformidad, por duplicado ejemplar y a un solo efecto, en el lugar y fecha en el encabezamiento expresados.

Fdo.:

EL VENDEDOR

Fdo.:

EL COMPRADOR

Por su especialidad merecerían un desarrollo aparte contratos como los laborales, mercantiles o con la Administración Pública, que podrían ser objeto de artículos más específicos, no obstante, por ser menos tratados en el ámbito de las publicaciones generalistas, los contratos que tienen lugar entre una empresa y los consumidores, merecen un apartado más detallado.

Si por algo se caracteriza el contrato con consumidores, es por un concepto fundamental: la información. Ya la Constitución Española¹² enmarca el derecho de consumo en este principio básico al declarar, entre otros aspectos, que los poderes públicos promoverán la información de los consumidores y usuarios. De este modo, cobra relevancia constitucional el más importante de los aspectos predicables de aquellos que legalmente vienen definidos

¹² Artículo 51.2 CE: Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca

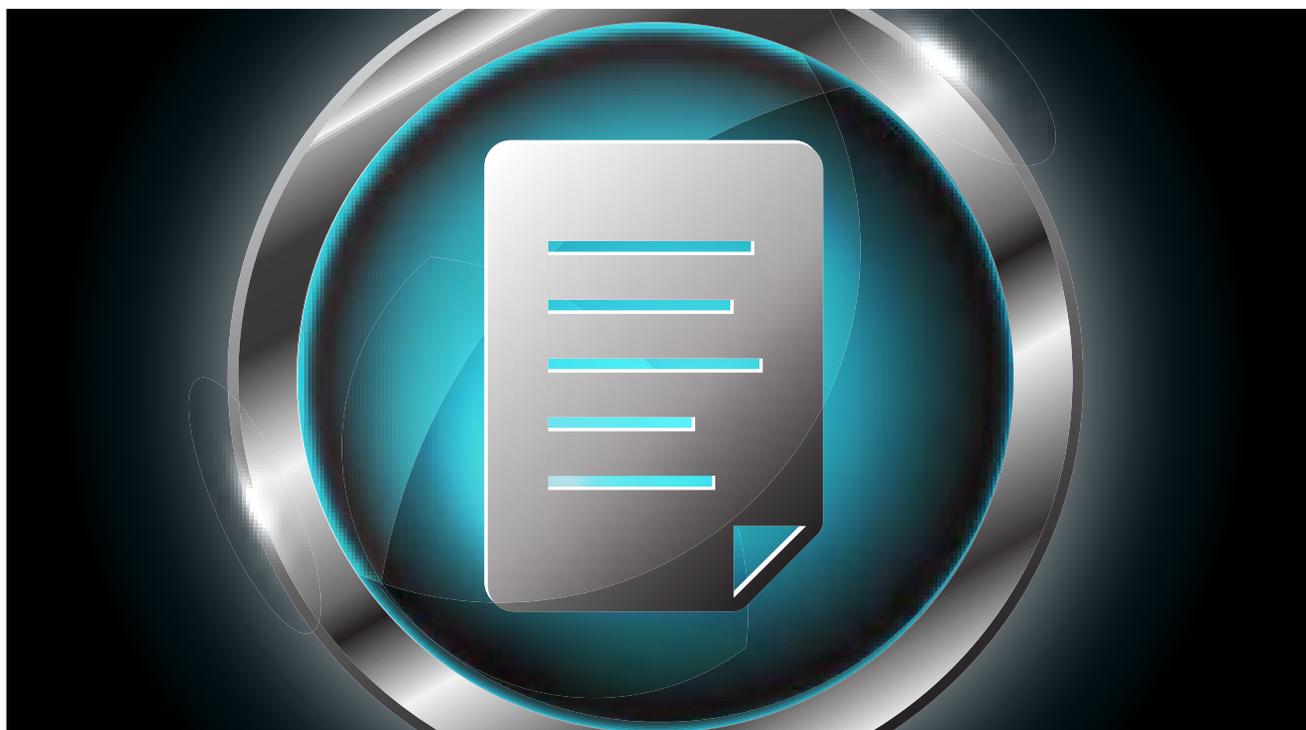
como destinatarios finales de bienes y servicios, esto es, el derecho a la información que de éstos es predicable. Ya sea la Ley marco en materia de consumo¹³, ya sea la más recóndita ordenanza municipal dictada sobre la materia, cualquier norma jurídica que, directa o indirectamente se refiera a los consumidores, dispondrá entre sus principios generales y/o como un derecho de aquellos, el derecho a la información de los bienes y servicios de los que son destinatarios.

Desde este punto de vista, la información se define como la exigencia a los distintos agentes intervinientes en la producción, distribución y comercialización de un producto, de un bien o servicio, para que pongan de manifiesto al consumidor las características, los riesgos, la dinámica, las contraprestaciones, el precio y demás elementos configuradores de dichos productos, bienes y servicios. En definitiva, se trata de proporcionar al consumidor y usuario todo el elenco de condiciones que caracterizan un determinado producto, servicio o bien de consumo, de tal modo que el consumidor comprenda, o esté en condiciones de comprender, el alcance de la prestación que se le oferta, de tal modo que acepta con total responsabilidad el producto,

bien y servicio, asumiendo las consecuencias del mismo.

Por lo tanto, **un producto o servicio correctamente informado al consumidor, supondrá que éste asume plenamente las consecuencias de la contratación, y por lo tanto, se desplegará el elenco completo de derechos y obligaciones derivados de la misma.** Por el contrario, un déficit de información al consumidor sobre alguna o algunas de las características del producto o servicio, determinará su plena protección, y por lo tanto la inaplicabilidad de aquellas características no informadas.

Ello entronca con un aspecto fundamental en la contratación con los consumidores, como es la denominada información previa al contrato que, al hilo de lo anterior, se puede definir¹⁴ como la puesta a disposición del consumidor, antes de la suscripción del contrato, de todas las características propias del bien de consumo, de tal manera que aquél tome pleno conocimiento de cuanto rodea a la futura contratación y asuma, pues, las consecuencias derivada de la misma. Sin ánimo de entrar en todos los detalles de este nivel previo de información, interesa destacar como contenido de la misma la plena identificación del *empresario*, la determinación del precio



¹³ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. (TRLGDCU)

¹⁴ El artículo 60 TRLGDCU ofrece el catálogo exhaustivo de todos y cada uno de los elementos que configuran la información previa al contrato.

real del producto o servicio, fecha de entrega y duración del contrato o la posibilidad del consumidor de poner fin al contrato y dinámica de dicha finalización. Se pretende, en suma, que el consumidor pueda configurar libremente su consentimiento¹⁵, y sea plenamente consciente de las condiciones jurídicas y económicas de la contratación.

Observado por parte del oferente de este estadio de información previa a la contratación, y asumido, aceptado y consentido por el consumidor la caracterización del producto, la contratación se efectuará con pleno respeto a este principio inspirador, lo que supone en suma dotar a la operación de plena seguridad jurídica.

¿De qué manera canaliza el oferente, el empresario, esta información previa a la contratación? Con carácter general, a través de la publicidad, y fundamentalmente, mediante las condiciones generales de la contratación. Y **es que hablar de contrato en el ámbito del consumo es referirse, inevitablemente, a las condiciones generales de la contratación.** Reguladas por la Ley 7/1998, de 13 de abril (LCGC)¹⁶, y teniendo en cuenta que la mayor parte de productos servicios puestos a disposición de los consumidores, lo son para satisfacer suministros ordinarios (telefonía, gas, electricidad, etcétera) las condiciones generales se caracterizan¹⁷ por los siguientes elementos:

a) Contractualidad: se trata de “cláusulas contractuales” y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en

el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

Una vez observadas y aceptadas las condiciones hasta ahora señaladas, es el momento de la celebración del contrato, esto es, la conjunción de voluntades de empresario y consumidor, que cristaliza en la suscripción del contrato, como fuente de derechos y obligaciones entre ambas partes. Con carácter general, como cualquier contrato, es válido el suscrito de manera verbal o telemática, opción cada vez más habitual gracias al desarrollo de las nuevas tecnologías. Ahora bien, como característica especial en materia de consumo la empresa tiene la obligación de confirmar documentalmente el contrato suscrito, mediante entrega de soporte documental que contenga, precisamente, las condiciones generales de la contratación y aquellos otros aspectos fundamentales del acuerdo.

Especial importancia cobra en los contratos suscritos con consumidores y usuarios, el aspecto relativo a la duración de los mismos, desde distintos puntos de vista. Sin duda, la especialidad más destacable es el denominado **derecho de desistimiento**¹⁸, que se caracteriza por la facultad reconocida al consumidor (no a la empresa), **de dar por finalizado el contrato, sin esgrimir motivo alguno, en determinadas circunstancias.** De este modo, se trata de un derecho reconocido expresamente por ley en determinados contratos, tales como aquellos celebrados fuera del establecimiento mercantil, contratos a distancia, la contratación telefónica o electrónica precedida de condiciones generales o los relativos al aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, por citar los más comunes. Se establece como regla general un plazo de catorce días naturales para ejercitar el derecho de desistimiento.

Desde otro punto de vista, y para determinados sectores, **se regula como facultad del consumidor el dar**

15 REYES LÓPEZ, M.J. “Manual de Derecho Privado de Consumo”. LA LEY, Madrid, 2009. pág. 161

16 El artículo 1 de la LCGC ofrece la definición legal: Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos

17 Cfr. Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo de 2013.

18 Artículos 68 y siguientes, y 110 del TRLGDCU

19 Artículos 68 y siguientes, y 110 del TRLGDCU

por finalizado el contrato de manera unilateral, con la única y lógica obligación de preavisar la extinción de la relación contractual; así, a modo de ejemplo, en materia de telecomunicaciones¹⁹, se regula la facultad de dar de baja el servicio por parte del usuario, siendo ésta efectiva en el plazo de dos días desde la comunicación; o en materia de gas natural²⁰, igualmente se determina la facultad del consumidor de dar por extinguido el contrato con un preaviso de seis días hábiles.

Como reacción a esta facultad de extinción unilateral del contrato por parte del consumidor, **la empresa puede blindarse por el ya conocido, por habitual, como pacto de permanencia**. No existe norma jurídica algu-

na en nuestro ordenamiento que prohíba a la empresa establecer dicho pacto para el caso de incumplimiento por parte del consumidor y usuario de alguna de las condiciones ya contratadas, en especial a un período de duración mínimo. **Se reconoce al consumidor la facultad de resolución unilateral, pero como contrapartida, se establece una sanción por no alcanzar la duración mínima pactada; sin embargo, para que este pacto de permanencia sea plenamente eficaz y jurídicamente válido, ha de estar contemplado en la fase precontractual y contractual, debidamente informado y aceptado por el consumidor, puesto que de lo contrario sería contrario a derecho**²¹. ■

BIBLIOGRAFÍA

www.ksp.es

BIBLIOTECA

- PINTÓ SALA, JORGE y TORRELLA CABELL, FRANCESC. *Worker contratación civil mercantil*. Ed. Difusión Jurídica. 2007
- DE ALÓS Y DE BONILLA, JOAQUÍN. *Sabelotodo contratación civil y mercantil*. Ed. Difusión Jurídica. 2001

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- SÁNCHEZ PÉREZ, LUIS. *Aproximación a la regulación y forma del pago en la contratación civil, mercantil e internacional*. *Economist&Jurist* N° 170. Mayo 2013 (www.economistjurist.es)
- GÓMEZ, OSCAR. *Contratos vía electrónica: validez y eficacia de los mismos*. *Economist&Jurist* N° 167. Febrero 2013. (www.economistjurist.es)

CONCLUSIONES

- Si bien los contratos son válidos siempre que confluyan en ellos los requisitos esenciales fijados por el Código Civil, hay determinados contratos que, por su especialidad, están sujetos para su plena eficacia a determinados requisitos que conviene conocer de antemano a su redacción. Es el caso de los contratos en los que una de las partes es un consumidor, puesto que la ley le dota de una especial protección

²⁰ Artículo 37.4 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre.

²¹ Cfr. Sentencia Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1ª, 23 de diciembre de 2011: No puede obviarse, igualmente el deber mínimo de información al consumidor sobre el contenido del contrato, así como que el periodo de permanencia constituye un requisito mínimo de precisión del contrato de telefonía.

NOTICIAS DEL MUNDO JURÍDICO

ENCUENTROS DE DERECHO DEL DEPORTE. LIGA 2015-2016

La Fundación del Fútbol Profesional, bajo la Dirección del prestigioso magistrado y jurista Don Alberto Palomar Olmeda, organiza en Madrid, durante los próximos meses, “*Los encuentros del derecho del deporte, La Liga 2015-2016*”. Durante estas jornadas se analizarán los temas jurídicos más importantes de esta disciplina con la intervención de los más destacados especialistas en Derecho Deportivo de nuestro

país. Estos encuentros cuentan además con el apoyo de las principales firmas de abogados con departamento de Derecho Deportivo y con las más prestigiosas instituciones docentes en esta materia. Más información en www.laliga.es/fundacion-lfp y en el email fundacion@laliga.es.

EL COLEGIO DE ABOGADOS DE GRANADA ENTREGA A CRUZ ROJA UNA AYUDA DE 3.000 EUROS PARA LOS DAMNIFICADOS POR EL TERREMOTO DE NEPAL

El Colegio de Abogados de Granada ha hecho entrega a Cruz Roja de una ayuda de 3.000 euros destinada a los damnificados por el terremoto de Nepal. Para recuperarse de la tragedia, que ha dejado el país arrasado y en una situación humanitaria precaria, Nepal precisa de la solidaridad internacional y de la rápida actuación de organismos como Cruz Roja. Precisamente por ello, el Colegio de Abogados ha decidido aportar su granito de arena y entregar a esta organización un cheque con cargo al 0,7% de las cuotas colegiales.



JUAN ANTONIO GARCÍA CAZORLA, NOMBRADO ADJUNTO A LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

El decano del Colegio de Abogados de Sabadell ha sido nombrado Adjunto a la Presidencia del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE), noticia hecha pública por el Presidente de esta institución, Excmo. Sr. Carlos Carnicer Díez.



D. Juan Antonio García Cazorla

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ NUEVO VICEDECANO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS MIGUEL HERNÁNDEZ

El Profesor de Derecho Internacional de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche ha alcanzado el vicedecanato, en una evidencia más de su destacada carrera académica. El Dr. Ortega Giménez, es autor de una amplia bibliografía centrada en materia de derecho internacional, habiendo publicado en las principales edito-

riales españolas (Aranzadi, Difusión Jurídica, Tirant lo Blanc...), fue galardonado con el Premio Jurídico Internacional ISDE en la edición del año 2013 (Derecho internacional). Se le considera una de las primeras autoridades nacionales en materia de derecho de extranjería y entre otros muchos cargos ostenta el de miembro del Consejo Asesor de Economist&Jurist.



D. Alfonso Ortega

OLLEROS ABOGADOS INCORPORA A LUIS MORÓN COMO OF COUNSEL EN EL ÁREA DE PROCESAL Y CONCURSAL

Olleros Abogados ha incorporado a su equipo de profesionales en el área de Litigios al abogado Luis Morón como Of Counsel.



D. Luis Morón y D. Jaime Olleros

PÉREZ LLORCA APUNTA A NUEVA YORK SIGUIENDO EL EJEMPLO DE FIRMAS COMO GARRIGUES, LEGAL TOUCH O CUATRECASAS

El despacho Pérez Llorca sigue con su línea de crecimiento y vocación internacional. En este sentido, está siguiendo políticas parecidas a otras grandes firmas españolas. La firma española abrirá oficina en una de las mejores zonas de la gran manzana, concretamente en la emblemática avenida *Park Avenue*. Al frente de la sede neoyorkina de Pérez Llorca estará el letrado Don Iván Delgado. La apertura está prevista para antes de las próximas navidades. En los últimos años el interés por tener presencia en Nueva York, además de ser un objetivo de las firmas de aboga-

dos españolas de primer nivel, también lo es de instituciones de formación como ISDE o IESE, que ya tienen, desde hace años, sede en Nueva York.



BUFETE ESCURA AMPLÍA SU ÁREA LEGAL CON LA INCORPORACIÓN DE LA ABOGADA ROCÍO MARTÍN ESPECIALIZADA EN DERECHO FARMACÉUTICO

Rocío Martín se encargará de gestionar los expedientes jurídicos que se generan en el momento de la apertura, traslado, modificación y cierre de una oficina de farmacia ante la Administración sanitaria, concretando los acuerdos, elaborando los contratos y realizando las notificaciones a los colegios farmacéuticos y administraciones sanitarias pertinentes en materia de traspasos.



D.ª Rocío Martín

JONES DAY REFUERZA SU OFICINA EN LA CIUDAD DE MÉXICO CON LA INTEGRACIÓN DE LUIS RUBIO Y SU EQUIPO

La Firma global Jones Day anuncia que cuatro Socios, un Of Counsel y un equipo de asociados se incorporan a la Firma en la oficina de la Ciudad de México. Luis Rubio Barnetche se incorpora junto a Bertha Alicia Ordaz Avilés y Octavio Lecona Morales como Socios en la práctica de Regulación Gubernamental.



ANTÓN COSTAS SE INCORPORA AL CONSEJO ASESOR DE ROCA JUNYENT

Roca Junyent incorpora a su consejo asesor a Antón Costas, actual presidente del Cercle d'Economia. El consejo asesor de Roca Junyent es un órgano consultivo en cuestiones de visión empresarial estratégica, tanto de mercado como de negocio.



D. Antón Costas

NOVEDADES EDITORIALES

COMENTARIOS A LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DOMINICANA. (2 VOLUMENES)

P. González -Trevijano y E. Arnaldo Alcubilla (Dirs.)

Ed. Universidad Rey Juan Carlos

Páginas: 627 y 1466

La Constitución dominicana de 2010, impulsada por el Presidente Leonel Fernández, quien prologa la obra, suma al primer país que alcanzó Colón, al escogido grupo de Estados liberal-democráticos. Tras examinar el papel de esta Constitución en el contexto del constitucionalismo actual, sus principios, valores y fines, se aborda –en el segundo volumen- un comentario sistemático de las partes que conforman dicha Norma Fundamental.



COMENTARIOS AL REGLAMENTO DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

María Rosa Ripollés Serrano (Coord.)

Ed. Congreso de los diputados

Páginas: 1515

Treinta y dos Letrados de las Cortes Generales escriben esta obra “de equipo”, en la que, con una estructura básica similar, reflexionan sobre los preceptos que integran el Reglamento de la Cámara Baja. No es un trabajo académico al uso pues no se pretende una construcción dogmática como un estudio de alcance más práctico de la interpretación auténtica de la norma que rige la vida del Congreso.



LA REFORMA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Fernández de Buján, Antonio

Ed. Dykinson

Páginas: 564

Una obra que, a pesar de ser suficientemente conocida por los distintos libros y artículos publicados por su autor, cobra ahora un significado conjunto a través de su publicación unificada. Y ello en un momento especialmente oportuno, dada la tramitación en el Parlamento del proyecto de ley de Jurisdicción Voluntaria, al cual ha contribuido su autor de manera muy importante.



LA ELECCIÓN DIRECTA DEL ALCALDE. REFLEXIONES, EFECTOS Y ALTERNATIVAS

M. Arenilla Sáez (Coord.). E. Arnaldo, A. Galán, J.C. Gavara y otros

Ed. Fundación democracia y gobierno local

Páginas: 277

Entre las medidas de regeneración democrática a debate se encuentra la propuesta de elección directa del Alcalde por los vecinos, a una o a dos vueltas, en sustitución del sistema vigente de elección indirecta por los Concejales.



INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR

E. Arnaldo, M. Delgado-Iribarren, A. Sánchez Navarro

Ed. La Ley

Páginas: 414

Uno de los pocos cauces de democracia directa previstos en la Constitución es el que permite a no menos de 500.000 ciudadanos poner en marcha el procedimiento legislativo. Tres especialistas examinan la carrera de obstáculos que el legislador estatal (y el autonómico) ha establecido para convertir esta forma activa de participación política en un mero adorno del sistema.

LIBROS DISPONIBLES EN LIBROS 24 HORAS

www.libros24h.com

LIBROS24h.com
WWW.LIBROS24H.COM

AL SERVICIO DE LOS ABOGADOS

SUMARIO

- Peritos
- Procuradores
- Otros

Perito



- Auditoria en su amplio espectro
- Peritajes judiciales e informes relacionados con la auditoria o con la revisión contable
- Ayuda para cualquier tipo de documentación o información legal
- Análisis de la viabilidad de una compañía.
- Due diligencia, estudios de viabilidad en procesos para la compra-venta de empresas
- Consultoría fiscal contable y estratégica
- Implantación de métodos de protección de datos

BALMES, 262 1-1
08006 BARCELONA
euroaudit@euroaudit.es
www.euroaudit.es
Tl. 93 2171999 Fx. 93 2188858

Detectives



40 AÑOS DE EXPERIENCIA PROFESIONAL Lic. 174

- Toda clase de investigaciones ámbito nacional e internacional.
- Aportación de pruebas judiciales.
- Ratificación de informes en distintos juzgados.
- Rapidez, Eficacia y secreto profesional garantía de un buen servicio.
- Atención personalizada.

En la oportunidad de la consulta, está el éxito de la investigación

www.detectivespizarro.es
pdrpz@telefonica.net
Tifnos: 913 558 214 / 619 420 111 / 913 611 102

Asesores en compra venta de empresas



93 229 20 60 info@gda-bbrokers.com

www.gda-bbrokers.com

GD&A BUSINESS BROKERS es una empresa española dedicada a la asesoría e intermediación en procesos de **compra de empresas** y **venta de empresas** PYMES y búsqueda de socio, así como oportunidades de negocio y valoración de empresas.

LA TRANQUILIDAD DE ESTAR CON LOS MEJORES



**ESPECIALISTAS
EN COMUNICACIÓN
Y MARKETING
JURÍDICO**



CIMA Publicidad

Social Media

Auditamos tus redes sociales y te ayudamos a mejorarlas o, si lo prefieres, te llevamos la comunicación.

Webs adaptativas

Adaptamos y/o rediseñamos tu web para que se adapte a cualquier dispositivo (tablets, smartphones...), y te ayudamos a mejorar su posicionamiento en buscadores.

Anuncios

Llevamos la gestión publicitaria de los principales medios jurídicos, y te ayudamos a diseñar tus campañas.

Networking

Organizamos seminarios y jornadas de marketing jurídico, eventos del sector bajo demanda y llevamos las relaciones institucionales entre empresas.



Máster en Asesoramiento Financiero y Patrimonial

Si te exiges lo máximo, no te conformes con recibir menos

- ▶ Ve más allá de lo que es sólo suficiente. Es necesario destacar. Serás reconocido como un profesional cualificado por acreditar los conocimientos exigidos por la normativa actual y la EFPA.
- ▶ Conoce la estructura del sistema financiero actual y descubre los principios fundamentales de la economía global, entendiendo los principales impuestos para elaborar estrategias adecuadas de inversión financiero-fiscal.
- ▶ Adquiere los conocimientos legales, que otros no dominan, para una mejor gestión del patrimonio de los clientes.
- ▶ El ISDE ocupa el primer puesto en España, el tercero de Europa y el cuarto del mundo del ranking Innovative Law Schools 2014 con mayor número de programas referenciados por Financial Times.



Para más información visite nuestra web:

www.isdemasters.com

o envíe un correo electrónico a masters@isdemasters.com

Teléfono : (+34) 911 265 180

DS *prefiere* TOTAL



DS AUTOMOBILES

SPIRIT OF
AVANT-GARDE

LO MÁS EMOCIONANTE
ES LO QUE AÚN
QUEDA POR DESCUBRIR.

Dr SYLVESTRE MAURICE - ASTROFÍSICO

NUEVO DS 5



CONSUMO MEDIO (L/100KM): 3,3 A 6,1. EMISIONES DE CO2 (G/KM): 85 A 158

www.driveDS.es